Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches für den Erwerb von Besitz, Eigentum und Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Siegfried Fraenkel
Referendar.

Breslau
Buchdruckerei Ernst Neumann
1910.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Correferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen lieben Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Literatur-Verzeichnis.

§ 1. Einleitung.

§ 2. I. Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 für den Erwerb von Besitz an beweglichen Sachen.

A. Der Besitzerwerb des § 854 Abs. 2 als solcher.

§ 3. a. Geschichtliche Entwicklung.

§ 4. b. Der Tatbestand des Besitzerwerbs nach § 854 Abs. 2.

§ 5. 1) Gegenstand des Besitzerwerbs.

§ 6. 2) Das tatsächliche Moment.

§ 7. 3) Die Einigung.

§ 8. 4) Das Verhältnis von Einigung und Faktum zu einander.

§ 9. B. Die allgemeine Bedeutung der Bestimmung des § 854 Abs. 2 für den Besitzerwerb.

§ 10. a. Die Uebergabe.

§ 11. b. Der derivative Besitzerwerb.

§ 12. II. Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 für den Erwerb von Eigentum und Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 13. A. Eigentumserwerb auf Grund des § 854 Abs. 2.

§ 14. B. Pfandrechtserwerb auf Grund des § 854 Abs. 2.

Literatur-Verzeichnis.

Arndt: Pandekten.

Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. Jherings Jahrbücher f. Dogmatik 48, S. 101-186.

Baehr: Zur Besitzlehre. Jahrbuch für Dogmatik, Band 26, N. VI.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB., Gruchot 42, S. 645 ff.

Bekker: Das Recht des Besitzes bei den Römern. 1880.

Bekker: Aphorismen zur Besitzlehre in Bernhöfts und Binders Beiträgen, Heft 1.

Bekker: Der Besitz beweglicher Sachen. Jahrbuch für Dogmatik, Band 34, N. I.

Bendix: Die Besitzlehre nach dem BGB. usw. „Das Recht". 1900. S. 95 ff.

Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. I. Abteilung.

Biermann: Traditio ficta 1891.

Biermann: Das Sachenrecht des BGB. 1903.

Breit: Geschäftsfähigkeit, 1902.

v. Brinz: Pandekten, 2. Auflage.

Bruck: Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte.

E. Bruck: Die Einigung im Sachenrecht des BGB. Strassburger Dissertation 1900.

Brunner: Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde. 1880.

Bruns: Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band II, 4. Auflage 1904.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band III. 1905.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB.

Dernburg: Das bürgerliche Recht, 3. Band 1904, 3. Auflage.

Dittenberger: Der Schutz des Kindes usw. 1903.

Eccius: Preussisches Privatrecht, Band III.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht, Band II.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band, I. Abt.

Esmarch: Vacuae possessionis traditio. 1873.

Exner: Rechtserwerb durch Tradition. 1867.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage. 1906.

Frank: Der Besitzwille nach dem BGB., Bonner Dissertation. 1898.

Franken: Französisches Pfandrecht.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Band II, (Bindings Handbuch des deutschen Rechts II, III, 2).

Goldschmidt: Vermischte Schriften, I., S. 23 ff.

Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte.

Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

Haidlen: Kommentar zum BGB., Band II.

Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts. Band II.

Hölder: Kritik des Esmarch'schen Buches „Vac. poss. trad." in der Krit. Vierteljahrsschrift XVI, S. 533.

Jhering: Grund des Besitzschutzes. Jahrbuch für Dogmatik, IX.

Johow: Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Sachenrecht (Vorl. d. Redaktors). 1880.

Juristische Wochenschrift: Jahrgang 1900, 1907.

Klein: Sachbesitz und Ersitzung. 1891.

Kohler: Vertrag und Uebergabe. Archiv für bürgerl. Recht, Band 18.

Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.

Lessing: Begriff der Rechtsnachfolge nach bürgerlichem Rechte. Dissertation 1903.

Manigk: Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 1901.

Maenner: Sachenrecht. 1906.

Maenner: Recht der Grundstücke. 1899.

Motive zum Entwurf eines BGB.

Meischeider: Besitz und Besitzschutz 1876.

Puchta: Pandekten.

Pininski: Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs, Band I u. II, 1885 bezw. 1888.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Band. 3. Auflage. 1906.

Przibilla: Erwerb und Verlust des mittelb. Besitzes. Freiburger Dissertation. 1905.

Randa: Der Besitz nach österreichischem Rechte usw., 4. Aufl. 1895.

Raape: Besitzerwerb ohne Besitzwille. Bonner Dissertation. 1901.

„Recht". Jahrgänge 1900, 1904, 1905, 1907.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann, Band 2, 4, 5, 8, 12, 15.

v. Savigny: Recht des Besitzes. 7. Auflage.

Seufferts Archiv, Band 46 u. 57.

Sokolowski: Die Philosophie im Privatrecht. Bd. 2: Der Besitz. 1907.

v. Staudinger: Kommentar zum BGB., 3. Band: Sachenrecht (Kober). 3./4. Auflage. 1907.

Strohal: Succession in den Besitz. 1885.

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB., Jahrbuch für Dogmatik, Band 38, S. 1 ff.

Stoever: Archiv für bürgerliches Recht, Band 26, S. 165 ff.

v. Scheurl: Zur Lehre vom römischen Besitzrecht. 1886.

v. Taube v. d. Issen: Nachfolge in den Besitz. Leipziger Dissertation 1902.

Thoma: Die Bedeutung des Besitzwillen. Freiburger Dissertation.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht 1900.

Windscheid-Kipp: Pandekten. 9. Auflage. 1906.

Einleitung.

§ 1.

Die Bestimmung des § 854 Abs. 2 des BGB.: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe (des Besitzes), wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben", enthält eine gesetzliche Feststellung darüber, unter welchen Voraussetzungen Besitz begründet wird. Stellt man nun diesem Inhalt der Bestimmung die hier zu behandelnde Frage gegenüber, nämlich welche Bedeutung die Bestimmung für den Erwerb von Besitz, Eigentum und Pfandrecht an beweglichen Sachen hat, so ergibt sich von selbst der Schluss, dass die Bedeutung der angeführten Vorschrift für den Erwerb von Besitz ungleich erheblicher sein muss, als für den Erwerb von Eigentum und Pfandrecht. Es kann der Erwerb dieser beiden Rechte überhaupt nur soweit in Betracht kommen, als ihm der Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 zu Grunde liegt.

Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 für den Erwerb von Besitz an beweglichen Sachen.

§ 2.

Wenn man von der Bedeutung des § 854 Abs. 2 für den Erwerb von Besitz an beweglichen Sachen spricht, kann man eine engere und eine weitere Bedeutung unterscheiden. Die engere Bedeutung besteht darin, dass die erwähnte Bestimmung selbst eine Art des Besitzerwerbs regelt; eine darüber hinausgehende Bedeutung erlangt der Abs. 2 des § 854 insofern, als in ihm Gedanken zum Ausdruck kommen, die ganz allgemein für den Besitzerwerb von grosser Tragweite sind. Zunächst soll die engere Bedeutung betrachtet werden

Geschichtliche Entwickelung.

§ 3.

Für den Erwerb des Besitzes im römischen Recht, der possessio, ist folgender Satz des Paulus im corpus iuris bezeichnend: (1.3 § 1 D. 41,2) adipiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore. (Ebenso 1.8 § 1 D. 41,2, 1. 153 D. 50, 17, Paul. sentent. V. 2 § 1). Man kann daher wohl, wie streitig auch an sich der Begriff des Besitzes im römischen Recht sein mag, bezüglich des Besitzerwerbes dem Satze Savigny's zustimmen: „Der Besitz des römischen Rechts wird erworben durch ein körperliches Handeln (corpus oder factum) von einem bestimmten Wollen (animus) begleitet.“ [1]) Auf diesem Satz beruht jeder Besitzerwerb des römischen Rechts, sodass es im Grunde für die Tatsache der Besitzentstehung unerheblich sein müsste, ob Gegenstand des Besitzerwerbs bewegliche oder unbewegliche Sachen sind, ob der Besitz in der Person des Erwerbers selbständig begründet ist, oder vorher einem anderen Subjekte zugestanden hat und mit dessen Willen auf den Erwerber übergeht (Tradition). Die römischen Juristen haben es vermieden, die beiden oben erwähnten Voraussetzungen des Besitzerwerbs zu definieren. Sie haben sich damit begnügt, eine grosse Reihe von Tatbeständen darzustellen und im einzelnen Falle die Voraussetzungen des Besitzerwerbs entweder anzunehmen oder abzulehnen. Aus der Menge der im Corpus iuris civilis enthaltenen Tatbestände dieser Art können wir diejenigen zusammenstellen, die für unsere Frage in Betracht kommen werden: Fälle, in denen Besitz an beweglichen Sachen erworben wird durch Tradition ohne unmittelbare körperliche Handlung des Erwerbers. Eine systematische Zusammenstellung dieser Stellen findet sich in Biermann's „traditio ficta“ S. 11 ff.

Danach lassen sich folgende Gruppen feststellen:

I. Die Verwirklichung des corpus ist gegeben, wenn die Sachen im Hause des Erwerbers mit seinem Willen niedergelegt werden. 1. 9. § 3 D. 23. 3; 1. 18 § 2 D. 41. 2.

---

[1]) Savigny, Recht des Besitzes, S. 205.

II. Nach der 1. 51 D 41, 2 ist Besitz erworben, wenn der Käufer eines Haufens aufgeschichteter Hölzer oder beisammenlagernden Weines einen Wächter bestellt.

III. An einer im Speicher aufbewahrten Ware wird Besitz erworben, wenn dem Erwerber die Schlüssel zu dem Speicher übergeben werden. § 45 J. 2. 1; 1. 9 § 6 D. 41, 1; 1. 74 D. 18, 1; 1. 1 § 21 D. 41, 2; die 1. 74 cit. enthält die Einschränkung, dass die Schlüsselübergabe bei dem Speicher erfolgt.

IV. Die Uebergabe der Erwerbsurkunden wird gleich der tatsächlichen Uebergabe von Sklaven erachtet. C. 8. 53 (54).

V. In der 1. 14 § 1 D. 18, 6 ist schlechthin bestimmt, dass die Tradition gekaufter Baumstämme mit der Zeichnung der Stämme vollendet ist; scheinbar im Widerspruch hierzu spricht 1. 1 § 2 D. 18, 6 einer solchen Handlung nur den Zweck zu, die Verwechselung der Sache, hier eines Fasses Wein, zu verhüten, sodass Tradition nicht vorliegt.

VI. Es lassen sich einige Fälle, meist unter dem Namen „longa manu traditio", zusammenstellen, in denen die „Traditionserklärung angesichts der Veräusserungsobjekte"[1]) zum Besitzerwerbe genügt. 1. 31 § 1 D. 39, 5; 1. 1 § 21 D. 41, 2; 1. 18 § 2 D. 41, 2; 1. 79 D. 46, 3. Besonders zu bemerken ist folgende Stelle der 1. 1 § 21 cit.: „non est enim corpore et (t)actu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu". Insbesondere ist hervorgehoben, dass bei Sachen, die ihres Umfanges wegen schwer beweglich sind, die Einigung vor der Sache die Uebergabe ersetzt.

Es kommen ferner nach römischem Recht zwei grosse Gruppen von Tatbeständen in Betracht, bei denen eine unmittelbare Einwirkung des Besitzerwerbers nicht erforderlich ist, bei denen überhaupt in dem äusseren Verhältnis von Person und Sache gar keine Veränderung eintritt; die Fälle der sogenannten traditio brevi manu und des constitutum possessorium. Ihre Bedeutung für das römische Recht beruht auf der eigentümlichen Tatsache, dass unter gewissen Umständen, trotz des Vorhandenseins aller Voraussetzungen für die rechtliche Auffassung Besitz nicht angenommen wurde (sogen. Detention oder blosse Inhabung gegenüber dem juristischen Besitz).

[1]) Biermann, a a O., S. 13.

VII. Auf Grund der brevi manu traditio wird der bisherige Inhaber der Sache juristischer Besitzer, indem er „infolge einer Gestattung desjenigen, für welchen er bisher die tatsächliche Gewalt ausübte, den Aneignungswillen fasst".[1]) (interdum etiam sine traditione nuda voluntas sufficit ad rem transferendam § 44 J. 2. 1, 1. 9. § 5 D. 41, 1.)

VIII. Das constitutum poss.[2]) bewirkt umgekehrt dadurch, dass der bisherige Besitzer „den Willen aufgibt, die Sache für sich zu haben und seinen Willen darauf richtet, die tatsächliche Gewalt fortan für einen anderen zu üben",[3]) dass der andere juristischer Besitzer wird, indem er im Einverständnis mit dem nunmehrigen Inhaber den Aneignungswillen fasst. Hierher gehört

1) die Veräusserung unter Vorbehalt der Miete: (1. 18 pr. D. 41, 2); 1. 77 D. 6, 1; 1. 75 D. 18, 1; 1. 21 § 4 D. 19, 1; 1. 19 pr. D. 41, 2; 1. 21 § 3 D. 41, 2;
2) die Veräusserung unter Vorbehalt des Niessbrauchs: 1. 28 C. 8, 53 (54); 1. 35 § 5 C. 8, 53 (54);
3) die Veräusserung unter Vorbehalt des prekaristischen Besitzes: 1. 6 pr. D. 41, 4; 1. 6 § 3 D. 43, 26; 1. 22 pr. D. 43, 26;
4) die Vermögensvereinigung durch Eingehung einer societas omnium bonorum: 1. 1 § 1; 1. 2 D. 17, 2.

Alle diese Entscheidungen waren nicht ohne weiteres mit dem Prinzip des römischen Rechtes, dass Besitz immer nur durch eine zur faktischen Macht über die Sache führende Handlung (Apprehensionsakt) erworben werden könne, in Einklang zu bringen. Da halfen sich zunächst die römischen Juristen durch die Aufstellung des Erfordernisses, dass die Tradition in praesentia rei zu erfolgen habe und waren immer mehr geneigt, es auch mit diesem Erfordernis nicht allzustreng zu nehmen (vgl. 1. 18 § 2 D. 41, 1). Allmählich wurde jenes „aliquid naturalitatis", das bisher den Schein herstellte, als ob man es mit wirklichen Appre-

---

[1]) Windscheid-Kipp, Pandekten. S. 768, N. 1.

[2]) Vgl. 1. 9 § 1, D. 6, 2; 1. 9 § 9, D. 12, 1; 1. 62 pr. D. 21, 2; 1. 3 § 20 D. 41, 2.

[3]) Johow, Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, Sachenrecht, S. 403 (Vorl. d. Redaktors).

hensionsakten zu tun habe, abgestreift, und eine Unterscheidung „zwischen besitzbegründenden Tatbeständen auf der einen Seite und solchen, welche lediglich geeignet sind, den Uebergang bereits begründeten Besitzes zu vermitteln, auf der anderen Seite“[1]) griff immer mehr durch.

[2]) So bildet sich zur Zeit der Glossatoren eine Lehre heraus, immer im Anschluss an die betreffenden Stellen des Corpus iuris, die in gewissen Fällen der Tradition, niemals bei der Okkupation, von dem Erfordernis einer traditio im wahren Sinne (de manu in manum, traditio vera) absah.[3]) In den Fällen der sogenannten longa manu traditio, der brevi manu traditio und des constitutum poss. (VI, VII, VIII), in denen gar kein äusserer Vorgang, actus corporalis, zu bemerken war und doch dieselben Wirkungen wie bei der eigentlichen Tradition eintraten, nahm man an, es werde eine Tradition fingiert, dagegen bedürfe es eines Vertrages zur Begründung des Besitzes. Diese „traditio ficta“ wurde definiert als „rei ipsius, sed sine actu corporali facta translatio“.[4])

In anderen Stellen (III, IV, V) war wohl ein actus corporalis erwähnt, z. B. die Schlüsselübergabe, das Zeichnen etc.; das Gesetz begnügte sich also nicht mit der „nuda voluntas domini“, doch wird auch hier die Sache selbst nicht übergeben. Diese Fälle wurden zu einer selbständigen Klasse vereinigt, „deren eigentümliches Merkmal darin lag, dass der Rechtserwerb ‚nota aliqua sive symbolo‘ vermittelt wurde, und der man den Namen symbolische Tradition gab“.[5])

Nachdem man dann erst das Prinzip gefunden zu haben glaubte, wurde auf diesem Grunde weiter gebaut und Tatbestände, die den in den Quellen dargestellten ähnlich zu sein schienen, in diesem Sinne entschieden: die symbolische Tradition eines Pferdes z. B. sollte in der Uebergabe des Sattels und Zaumes bestehen können und ähnliches.

---

[1]) Strohal, Succession, S. 5.

[2]) Zum folgenden vgl. bes. Strohal, aaO. S. 2 ff.; Exner, Tradition, S. 152 ff. Biermann, aaO.

[3]) Gl. non minus zu 1, 18 § 2 D. 41, 2.

[4]) Hofacker, principia iur. civ. § 940 f.; Huber, praelect. iur. civ. tom. I, p. 146. bei Exner aaO., S. 15.

[5]) Exner aaO.

Die geschilderte Entwickelung gründet sich durchaus auf römisches Recht; wie wir gesehen haben, geht sie von Stellen des Corpus iuris aus. Wenn auch gerade im deutschen Recht das Symbol eine grosse Rolle spielte, und besonders Uebereignungen unter Anwendung von Symbolen stattfanden, so hat dieser Umstand für die Entwickelung der symbolischen Tradition doch höchstens nur die Bedeutung gehabt, dass diese „Idee einen empfänglichen Boden“ [1]) fand bei denjenigen, die sich durch das Interesse am einheimischen Recht „eine leidliche Kenntnis desselben verschafft hatten“.[2]) In demselben Sinne stellt auch Exner einen mittelbaren Einfluss deutschrechtlicher Anschauungen auf die Entstehung unserer Lehre fest: „Sie ist dadurch möglich geworden, dass man an den Gebrauch solenner Uebergabsformen in Deutschland von altersher gewöhnt war, ihrer Anwendung täglich im Leben begegnete, und daher naturgemäss auch im römischen Recht das Vorhandensein ähnlicher Gebilde voraussetzend, den Gedanken der symbolischen Tradition in dasselbe hineintrug“.[3]) Im übrigen aber ist eine Tradition von Fahrnis unter Vornahme feierlicher Handlungen dem deutschen Recht fremd gewesen, und eine Apprehensionshandlung scheint wohl unter allen Umständen nötig gewesen zu sein: die körperliche Uebergabe war zur Uebertragung leiblicher Gewerbe unerlässlich.[4]) Nach Beselers [5]) Ansicht dagegen widerspricht es nicht der deutschen Rechtsanschauung, auch bei beweglichen Sachen eine symbolische Besitzübertragung anzunehmen, wie sie bei den Grundstücken unzweifelhaft anerkannt sei, und das Vorkommen einzelner Beispiele im Gewohnheitsrecht begründe die Annahme „der Autonomie der deutschen Rechtsbildung im Gegensatz zu dem Romanismus“ in Ansehung der symbolischen Uebereignung.

Die Partikularrechte, die zu dieser Zeit entstanden sind, stehen ganz unter dem Einflusse der Lehre von der symbolischen Tradition, so bestimmt das ALR in I, 7 § 58 ff, dass es ausser der körperlichen Uebergabe aus Hand in Hand, die symbolische

[1]) Biermann, aaO. S. 262.

[2]) Vgl. Exner, S. 163.

[3]) Exner aaO.

[4]) Gierke, Deutsch. Privatr., S. 231. Heusler, Inst. § 115. Taube v. d. Issen, S. 47.

[5]) Beseler, Deutsch. Privatr., Band I, S. 352.

durch Zeichen gäbe, welche von der einen Seite die Absicht, den Besitz zu erledigen, von der anderen den Willen, ihn zu ergreifen, hinlänglich andeuten. Die symbolische Uebergabe ist nur unter der Voraussetzung wirksam, dass der körperlichen Besitznahme nichts mehr im Wege steht.[1]) Es ist nicht anzunehmen, wie Eccius dies tut,[2]) dass diese letzte Bestimmung überhaupt jede symbolische Tradition als solche unmöglich mache und Besitzerwerb nur durch Apprehension erfolge; vielmehr wird das „nichts-mehr-im-Wege-stehen" nicht gleichbedeutend sein mit dem Apprehensionsbegriff, sondern ein geringeres Faktum bedeuten. Als Beispiel symbolischer Uebergabe von Waren und anderen Gegenständen, die sich in einem verschlossenen Behältnisse befinden, erwähnt das Gesetzbuch die Aushändigung der Schlüssel des Behältnisses.

Den Kampf gegen die Lehre von der symbolischen Tradition hat Savigny in seinem „Recht des Besitzes" eröffnet: mit dem Erscheinen dieses Buches trat ein völliger Umschwung der Meinungen ein. Savigny lehrte, die symbolische Tradition[3]) sei eine auf offenbarem Missverständnisse beruhende Verballhornung des römischen Rechts, zwischen Besitzerwerb[4]) durch einseitigen Akt und durch Tradition bestehe kein prinzipieller Unterschied, auf jeden Fall bedürfe es eines körperlichen Handelns, welches die erste Bedingung alles Besitzes sei,[5]) und in beiden Fällen müsse die vorzunehmende körperliche Handlung (Apprehension) geeignet sein, den Handelnden zum faktischen Herrn der Sache zu machen. Die Fälle, in denen bisher eine fingierte oder symbolische Tradition angenommen wurde, seien sehr einfach zu erklären, wenn man den Begriff der Apprehensionshandlung nicht zu eng fasse: bei beweglichen Sachen sei körperliches Ergreifen durchaus nicht nötig, es genüge eine Handlung, die die Möglichkeit auf die Sache nach Belieben einzuwirken und andere von solcher Einwirkung auszuschliessen verschaffe;[6]) diese Möglichkeit werde in den meisten Fällen schon durch die blosse Anwesenheit des Apprehendenten bei der Sache gegeben.

[1]) Vgl. Meischeider, Besitz, S. 261.
[2]) Eccius, Preuss. Privatr., Bd. III, S. 49.
[3]) S. 207 ff.
[4]) S. 240.
[5]) S. 206. [6]) S. 26.

Die Lehre Savigny's hat eine grosse Wirkung ausgeübt, seine Ansichten, von seinen Nachfolgern nur noch schärfer zugespitzt, fanden allgemeine Anerkennung und haben, solange gemeines Recht gegolten hat, ihre Bedeutung behalten.[1])

Allerdings sind Savigny in dem hier naheliegenden Punkte wie überhaupt in seiner ganzen Lehre vom Besitz erbitterte Gegner entstanden. Brinz und Jhering[2]) haben als erste die Sätze, die von Savigny aufgestellt wurden, bekämpft und ihnen sind bald viele andere gefolgt. Jhering sieht in der symbolischen Tradition nicht nur nicht eine Verunstaltung und Missbildung des römischen Besitzrechtes, sondern im Gegenteile eine gesunde Fortbildung des letzteren Esmarch[3]) nimmt an, dass durch vacuae possessionis traditio, durch den „juristischen Akt eines Rechtsgeschäftes" bereits der Besitz als Vermögensgegenstand erworben wird, bevor ein Akt der Besitzergreifung vorgenommen ist. Auch Hölder[4]) stellt fest, dass die Quellenentscheidungen unbestreitbar an das Corpus possessionis auch bei Mobilien in den Okkupationsfällen weitergehende Anforderungen stellen, als in den Traditionsfällen. Es fanden sich sogar Meinungen, die überhaupt den Besitz durch blossen Vertrag übertragen sein liessen, ohne dass Gegenwart des Erwerbers erforderlich sei.[5]) Auch Pininski erkennt Besitzerwerb in den Fällen des „abgeschwächten Traditionscorpus" an, der von der Gültigkeit des Traditionsgeschäftes abhängt.

Also: im Gegensatz zu Savigny, der für jeden Fall zum Besitzerwerb eine Apprehensionshandlung des Erwerbers verlangt, die ihn in die Möglichkeit setzt, unmittelbar auf die Sache zu wirken, hat sich in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts die Ansicht herausgebildet, dass in dem Falle der Tradition das corpus des Besitzerwerbes nicht dem bei der Okkupation zu entsprechen brauche, dass „Besitzübergang durch blosse akzeptierte Traditionserklärung" möglich sei.[6]) In diesem Stadium der

[1]) Vgl. bes. Puchta, Pand. § 130; Windscheid, Pand. I § 153; Bruns, Recht. d. Bes., S. 17; Arndts Pand. § 139, Nr. 3 u. a.

[2]) Brinz, Pand. § 138; Jhering, Grund d. Besitzsch. (Jahrb. f. Dogmatik) IX, S. 168 ff.; Strohal, aaO.; Biermann, aaO.

[3]) Esmarch, vacuae possessionis traditio, S. 32 ff.

[4]) Hölder, Krit. Vierteljahrschr. Bd. 16, S. 533—538.

[5]) Baehr, Jahrb. f. Dogm. 26, S. 316; Pininski, Sachbesitzerw., Bd. 2, S. 121 ff.

[6]) Biermann, aaO., S. 403.

Entwickelung ist das BGB. entstanden: es hat der Entwickelung des Rechts Rechnung getragen, indem es der Einigung eine Bedeutung zugewiesen hat, ist aber nicht auf die übertriebenen Forderungen, die den Besitzerwerb durch Uebergabe ganz von dem corpus traditionis loslösen wollten, eingegangen.

Der Tatbestand des Besitzerwerbs nach § 854, Abs. 2.

§ 4.

Der Tatbestand des Besitzerwerbs nach § 854, Abs. 2, hier nur auf den Besitzerwerb beweglicher Sachen beschränkt, hat folgende Merkmale:

1) Gegenstand des Besitzerwerbs ist eine bewegliche Sache,
2) die Möglichkeit des Erwerbers, die Gewalt über die Sache auszuüben und
3) die Einigung.

§ 5.

1) In § 854 des BGB. ist die Frage des Besitzerwerbs in gleicher Weise für bewegliche, wie für unbewegliche Sachen geregelt. Die Bedeutung des Abs. 2 des angegebenen Paragraphen ist jedoch infolge des in ihm enthaltenen praktischen Moments, des „in-der-Lage-sein" grösser für den Besitzerwerb von Immobilien als von Mobilien; denn ohne hier schon auf das Wesen dieses faktischen Moments näher einzugehen, ist doch leicht ersichtlich, dass der Natur der Sache nach bei Grundstücken, die Möglichkeit der Gewaltausübung ohne körperliche Einwirkung näher liegt als bei beweglichen Sachen.[1]) Es wird also der Einfluss, den die Beschränkung der hier zu behandelnden Frage auf den Besitzerwerb nur an beweglichen Sachen hat, besonders bei der Prüfung des faktischen Moments zu verspüren sein. Inwieweit aber überhaupt bewegliche Sachen Gegenstand des Besitzerwerbs sind und welche Ausdehnung der Begriff bewegliche Sachen zu erfahren hat,[2]) richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen und gehört nicht in den Rahmen unserer Abhandlung.

[1]) Vgl. Leonhard, Vertr. b. Fahrniserwerb, S. 59; v. Staudinger-Kober, N. II, 1 zu § 854; Denkschrift S. 106.

[2]) Planck Nr. 3, vor § 929 und Biermann, Sachenrecht, S. 2, Ziff. 4.

§ 6

2) Der Besitzerwerb nach § 854, Abs. 2 erfordert ein bestimmtes tatsächliches Verhältnis des Erwerbers zu der Sache: er muss „in der Lage sein, die Gewalt über die Sache auszuüben". Einen richtigen Begriff von diesem Erfordernis wird man erhalten, wenn man dieses Faktum des Abs 2 mit dem im Abs 1 desselben Paragraphen erforderten tatsächlichen Moment, der Erlangung der tatsächlichen Gewalt, vergleicht. Sprachlich scheinen die beiden angewendeten Ausdrücke gleichbedeutend zu sein, denn wer die Gewalt über eine Sache tatsächlich erlangt hat, ist natürlich auch in der Lage, diese Gewalt auszuüben: wer ein Geldstück in der Hand hat, kann mit ihm machen was er will, und umgekehrt, wer im Stande ist, die Gewalt über eine Sache auszuüben, hat auch die Gewalt über die Sache tatsächlich: man wird doch nicht annehmen können, dass man die tatsächliche Gewalt über ein Geldstück nicht erlangt, solange es noch vor einem auf dem Tische liegt.

Und doch müssen die beiden Ausdrücke „erlangte tatsächliche Gewalt" und „die Lage, die Gewalt auszuüben" auseinander gehalten werden; unmöglich ist das nicht, „denn jeder Ausdruck ist doch nur ein Zeichen, und es steht bei dem Gesetzgeber, welchen Begriff er mit dem einen, welchen mit dem anderen Zeichen verknüpfen will. Ob die Ausdrücke glücklich gewählt, leicht verständlich und vor Missdeutungen sicher, sind andere Fragen".[1]) Also: das Gesetz fordert folgende Unterscheidung: man darf noch nicht die tatsächliche Gewalt erlangt haben, um gemäss § 854, Abs. 2 in der Lage zu sein, die Gewalt über eine Sache auszuüben; denn anderenfalls brauchte man nicht die Bestimmung des Abs. 2, sondern würde in jedem Falle nach Abs. 1 Besitz erwerben. So sagt auch Kober,[2]) das in-der-Lage-sein ist weniger als die wirkliche Erlangung der tatsächlichen Gewalt.

In der Lage sein, die Gewalt über eine Sache auszuüben, bedeutet die Möglichkeit für den Erwerber, sich die tatsächliche Gewalt über die Sache unmittelbar verschaffen zu können. In

---

[1]) Bekker, Der Besitz bewegl. Sachen, (Jahrb. f. Dogm.) 34, S. 8.
[2]) v. Staudinger-Kober, aaO. N. I, 1 zu § 854.

welchen Fällen eine solche Möglichkeit angenommen werden muss, ist Tatfrage und nach der „Anschauung des täglichen Lebens und der Auffassung des Verkehrs zu entscheiden".[1])

Einigermassen lässt sich der Begriff dieser Möglichkeit negativ bestimmen, wenn man nämlich in Betracht zieht, dass „der tatsächlichen Herrschaft des Erwerbers auch vor erfolgter Vornahme einer Besitzhandlung kein Hindernis mehr im Wege stehen" darf.[2])

Hier ist zunächst die Stellung des bisherigen Besitzers nach der Einigung zu betrachten.

Ein Hindernis kann nämlich in der fortdauernden Beherrschung der Sache durch den bisherigen Besitzer zu der Zeit des beabsichtigten Besitzerwerbs begründet sein;[3]) die äusseren Umstände dürfen nicht so beschaffen sein, dass dadurch ein Ausschluss des Erwerbers von der Sache erfolgen kann.

So erwirbt z. B. in dem Falle, dass ein Antiquar ein Buch aus seinem Lager in der Pferdebahn jemandem verkauft, der Käufer nicht den Besitz an dem Buche im Augenblick des Kaufes;[4]) wenn der Bräutigam seiner Braut sein Klavier mit den Worten schenkt: da hast Du mein Klavier, es bleibt aber in seiner Wohnung, so ist das Klavier noch nicht übergeben.[5]) Ebenso hat auch das Kammergericht in einer Entscheidung vom 19. Dezember 1901 angenommen,[6]) dass die der Dienstmagd zu Weihnachten geschenkten Vogelbauer mit Vögeln nicht in den Besitz der Magd gelangt sind, weil sie noch nachher im Zimmer des Herrn verblieben sind. Auch folgende Entscheidung des Oberlandesgericht Breslau[7]) gehört hierher: an Hölzern, die auf einem eingefriedigten Holzplatz lagern, wird Besitz durch die Einigung nicht erworben, trotzdem eine Absonderung und Kennzeichnung der betreffenden Hölzer erfolgt ist; denn da der Holzplatz nicht

[1]) Kober II, 1 zu § 854; ähnl. Bartels, Ausf. z. Besitzl. d. BGB. i. Gruchot Beitr. 42, S. 656; Bendix, Die Besitzl. n. d. BGB. etc. Recht 1900, S. 47.

[2]) Bendix, aaO.

[3]) Planck, aaO. N. 3b zu § 854.

[4]) Strohal, Sachbesitzerwerb Jahrb. f. Dogm. 38, S. 87.

[5]) Dernburg, Bürgerl. R. III, § 18, 1.

[6]) Seuffert, Arch. Bd. 57, No. 220; Rechtspr. d. OLG. Bd. 4. S. 295. (Mugdan-Falkmann).

[7]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 5, S. 150.

jederzeit zugängig ist, sind die Umstände nicht so gestaltet, „dass der unmittelbaren wirklichen Gewaltausübung des Erwerbers kein Hindernis fortan mehr entgegensteht". In demselben Sinne hat das Reichsgericht entschieden [1]) (15. Februar 1907): „Für die Anwendung des Abs. 2 (§ 854) ist dann niemals Raum gegeben, wenn der bisherige Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht aufgibt, sondern behält usw."; derselbe Gedanke liegt auch der folgenden neueren Entscheidung des Reichsgerichts zu Grunde: „Hat der Eigentümer eines Ziegelofens einem anderen das Recht eingeräumt, aus dem Ziegelofen seinen Bedarf an Ziegelsteinen zu entnehmen und auch daraus kommissionsweise zu verkaufen, so erwirbt der letztere Besitz nur an denjenigen Steinen, die er für sich oder für andere aus dem Steinbruche tatsächlich entnimmt".[2])

Das Erfordernis, dass der bisherige Besitzer seinen Besitz aufgibt, muss sogar dahin ausgedehnt werden, dass nach der Einigung auch kein Mitbesitz des bisherigen Besitzers neben dem Erwerber mehr da ist: der Erwerber muss in der Lage sein, die Gewalt für sich allein auszuüben [3])

Allerdings gilt das Gesagte nur für den Fall, dass der Wille des Erwerbers auf Begründung des Alleinbesitzes gerichtet ist: denn wenn er nur Mitbesitz erwerben will, so ist eine weiterdauernde Verfügungsmöglichkeit des bisherigen Besitzers und nunmehrigen Mitbesitzers durchaus nichts dem Wesen des Mitbesitzes Widersprechendes;[4]) im übrigen aber muss man die allgemeinen Bestimmungen über Besitzerwerb, also auch § 854 Abs. 2, auch für Erwerb von Mitbesitz gelten lassen.[5])

Der Beendigung der tatsächlichen Gewalt des bisherigen Besitzers ist gleich zu achten seine Erniedrigung zum Besitzdiener (§ 855) des Erwerbers,[6]) z. B.: ein angestellter Jäger verkauft seine Flinte seinem Herrn, behält sie aber als Besitzdiener; in einem solchen Falle wird die Möglichkeit, die Gewalt über

[1]) Recht, Jahrg. 1907, S. 449.

[2]) Recht, Jahrgang 1908, S. 620.

[3]) Fischer-Henle N. 11 zu § 854; RG. b. Gruchot 49, S. 127. (12. Februar 1904.)

[4]) Endemann II, 1 § 36 N 21a.

[5]) v. Staudinger-Kober N. 1 b zu § 866; Planck N. 1 zu § 866.

[6]) Fischer-Henle, N. 11 zu § 854; Przibilla, Erwerb u. Verlag usw., S. 38.

die Sache auszuüben, gewährleistet durch das für Besitzdienerschaft im § 855 geforderte Verhältnis, vermöge dessen der Besitzdiener den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen, hier des Erwerbers, Folge zu leisten hat.

Ebenso ist es kein Hinderungsgrund für den Besitzerwerb nach § 854, Abs. 2, wenn auch nach der erfolgten Einigung der bisherige Besitzer nur in der Lage bleibt, die Gewalt über die Sache auszuüben.[1]) Man denke nur an die Fälle, in denen z. B. auf offenem Felde liegende Steine, oder im Walde lagernde Hölzer ihren Besitzer wechseln sollen: in dem äusseren Verhältnis des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zu den Sachen tritt nach der Einigung kein Unterschied ein, beide sind in der Lage, die Gewalt auszuüben.

Der Erwerber ist ferner nicht in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, wenn der bisherige Besitzer nur Besitzer im Sinne des § 868 BGB., nämlich mittelbarer Besitzer ist und ein Dritter den unmittelbaren Besitz der Sache hat; denn § 854 Abs. 2 enthält eine Erwerbsart von unmittelbarem Besitz[2]) — mittelbarer Besitz wird nämlich nach § 870 BGB. übertragen — und der bisherige Besitzer kann dem Erwerber nicht geben, „was er selbst nicht hat — den unmittelbaren Besitz".[3]) Der in diesen Worten zum Ausdruck kommende Gedanke ist, dass der unmittelbare Besitz des Dritten der Möglichkeit der tatsächlichen Verfügung über die Sache entgegensteht.

Diesen Gedanken dahin auszudehnen, dass im allgemeinen der unmittelbare Besitz eines Dritten an der Sache die erforderte Möglichkeit ausschliesst, wie Kipp es tut,[4]) ist unnötig, weil schon in dem Vordersatz des § 854 Abs. 2 betont ist, dass der bisherige „Besitzer" an der Einigung beteiligt sein muss.

Für den Fall, dass ein Dritter die Sache als Besitzdiener des „bisherigen Besitzers" beherrscht, lassen sich keine allgemein gültigen Regeln aufstellen: die Besonderheiten des einzelnen Falles werden darüber entscheiden, ob die Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben, für den Erwerber durch das

---

[1]) Planck, N. 3 b, zu § 854.
[2]) Biermann, N. 6 zu § 854.
[3]) Strohal, aaO. S. 89.
[4]) Windscheid-Kipp, S. 784.

Vorhandensein des Besitzdieners ausgeschlossen ist oder nicht. So wird man wohl behaupten können, dass durch § 854, Abs. 2 der Besitz an der Livree, die der Diener am Leibe trägt, vom Herrn nicht übertragen werden kann,[1]) während z. B. in dem Falle, dass ein Hirt die auf freiem Felde weidenden Kühe hütet ein Besitzerwerb an den Kühen durch blosse Einigung nicht unmöglich ist; doch wird wohl in solchen Fällen zur vollkommenen Herstellung der Möglichkeit, die Gewalt an der Sache auszuüben, eine Anweisung an den Besitzdiener hinzukommen müssen.[2])

Unerheblich ist es für die Beurteilung der Möglichkeit des Erwerbers, die Gewalt über die Sache auszuüben, ob der unmittelbare Besitz des Ueberlassenden auf einem Rechtsverhältnis der in § 868 bezeichneten Art beruht, sodass an der Sache auch mittelbarer Besitz eines Dritten vorhanden ist.[3]) „Es kann also auch der Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter ohne Zustimmung des mittelbaren Besitzers nach § 854, Abs. 2 Besitz übertragen".[4])

Hat ein Dritter Mitbesitz an der Sache, so wird auch dieser Umstand grundsätzlich einen Besitzerwerb, hier natürlich Mitbesitzerwerb, nach § 854 Abs. 2 nicht ausschliessen; denn, wie schon oben gesagt, wird Mitbesitz ebenso wie Besitz erworben. Es ist also zur Verwirklichung des tatsächlichen Moments in einem solchen Falle nur erforderlich, dass der Erwerber in der Lage ist, die Herrschaft über die Sache in der Beschränkung auszuüben, die sie durch das Bestehen des Mitbesitzes erfährt; im übrigen aber muss alles das auch hierbei erfordert werden, was im allgemeinen zur Möglichkeit der Gewaltausübung gehört.

Nicht nur Hindernisse, die in einer Person begründet sind, wie die bisher behandelten, sondern auch objektive Hindernisse können bewirken, dass der Erwerber nicht in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Es einigt sich z. B. der Besitzer einer Katze mit dem, der den Besitz der Katze erwerben will, über den Besitzübergang; aber die Katze lässt sich nicht einfangen.

Zur näheren Bestimmung der Beschaffenheit solcher objektiven Hindernisse kann die Vorschrift des Abs. 2 § 856 dienen.

[1]) Strohal, aaO. S. 89.
[2]) Fischer-Henle N. 11 zu § 854.
[3]) Gierke, aaO. Bd. II, § 115 IV, 2a.
[4]) Biermann N. 6 zu § 854.

Zwar ist in ihr zunächst nur ein Anhalt für die Fortdauer des schon erworbenen Besitzes gegeben: „Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt"; doch lässt der zu Grunde liegende Gedanke, dass der Bestand der tatsächlichen Gewalt, eines Erfordernisses für den Bestand des Besitzes nach Abs. 1 desselben Paragraphen, durch eine solche vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt nicht beeinträchtigt wird, den Schluss zu, dass auch eine vorübergehende Unterbrechung der Möglichkeit, die Gewalt auszuüben, diese Möglichkeit nicht beeinträchtigen wird.[1]) Also weder in der Person des Erwerbers liegende Hinderungsgründe vorübergehender Natur, wie z. B. Krankheit oder Abwesenheit, noch objektive Umstände solcher Art, wie z. B. eine Ueberschwemmung oder eine zeitweilige Absperrung eines Ortes machen Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 unmöglich.

Hierher gehört die Oberlandesgerichts-Entscheidung:[2]) Die Möglichkeit des § 854 Abs. 2, die Gewalt über die Sache auszuüben, ist durch folgenden Tatbestand als gegeben angenommen: Der bisherige Besitzer der in Frage kommenden Sachen, einer Anzahl Möbel, ist eine Ehefrau, der Erwerber der Sachen ihre Tochter, die durch ihren Vater, den Ehemann der bisherigen Besitzerin, vertreten ist; selbst wenn nun die Möbel in einem verschlossenen Zimmer der Ehewohnung stehen, zu dem der Ehemann keinen Schlüssel hat, so ist er doch in der Lage, die Gewalt über sie auszuüben, weil er als der Ehemann nötigenfalls sich den Zutritt dadurch verschaffen kann, dass er die Tür durch einen Schlosser öffnen lässt.

Nach Cosack ist der Erwerber nicht in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, wenn er nicht wenigstens nachträglich die tatsächliche Herrschaft zu erwerben im Stande ist, sobald er will, ohne dass sich ihm dabei ungewöhnliche Hindernisse entgegenstellen".[3]) Es scheint hier Cosack nur auf die ungewöhnliche Art der Hindernisse anzukommen; dass der

---

[1]) Ebenso Strohal, aaO. S. 90; Planck N. 3b zu § 854; a. M. Biermann N. 8 zu § 854; Cosack, Ziff. 2c S. 73; Endemann, § 36 N. 20.

[2]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 15, S. 356.

[3]) Cosack, aaO.

Erwerber unter Umständen diese Hindernisse, auch wenn sie noch so ungewöhnlich sind, aus dem Wege zu räumen vermag und so doch in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, wird aber nicht beachtet; der Satz Cosacks ist also dahin zu ändern, dass der Erwerber nicht in der Lage ist, die Gewalt auszuüben, wenn die Hindernisse, die der nachträglichen Erlangung der tatsächlichen Gewalt entgegenstehen, nicht ungewöhnlich, sondern für ihn unüberwindlich sind.[1])

Aus den vorangehenden Erörterungen lässt sich nunmehr auch leicht bestimmen, welche Bedeutung die sogenannte symbolische Uebergabe für die Möglichkeit der Gewaltausübung nach BGB. hat. So kann z. B. erst durch die Zeichnung von Baumstämmen der Erwerber in die Lage versetzt werden, die Gewalt über die Stämme auszuüben, etwa wenn ein Waldhüter nur die Entfernung gezeichneter Stämme aus dem Walde zulässt oder ähnliches; doch im allgemeinen wird das Anbringen von Zeichen nichts mit der Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben, zu tun haben. Man kann also sagen: Durch Anbringung von Zeichen wird an sich Besitz an der Sache nach § 854 Abs. 2 nicht erworben, diese Wirkung kann nur eintreten, wenn durch eine solche Handlung der Erwerber in die Lage versetzt wird, die Gewalt über die Sache auszuüben.[2])

Es ist bis jetzt versucht worden, das tatsächliche Moment, das in § 854 Abs. 2 als Erfordernis des Besitzerwerbs erscheint, nach dem Gesichtspunkte zu bestimmen, dass untersucht wurde, welche Umstände die Annahme einer Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben, auszuschliessen im Stande sind, d. h. es wurde geprüft, ob ein Tatbestand ausreichend ist, um sagen zu können, der Erwerber ist in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben. Es wird nun aber auch nach der anderen Richtung hin zu forschen sein, welche Umstände über das faktische Erfordernis des Abs. 2 des § 854 hinausgehen, sodass sie geeignet sind, das Faktum des Abs. 1 zu bilden.

Zweifelhaft kann eine solche Begrenzung natürlich nur sein in den Fällen, in denen der Besitzerwerb mit dem Willen des bisherigen

---

[1]) Biermann, N. 8 zu § 854.

[2]) v. Staudinger-Kober II, Ic zu § 854; Endemann § 36 Ziff. 4; Bendix, aaO. S. 47.

Besitzers erfolgt, da anderenfalls die Bestimmung des Abs. 2 des § 854 überhaupt nicht erst herangezogen werden könnte. Die Frage ist also die: Wann ist die Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben, bereits als erlangte tatsächliche Gewalt zu bezeichnen? — Umgekehrt bleibt natürlich die erlangte tatsächliche Gewalt immer auch die Möglichkeit die Gewalt auszuüben, weil das stärkere Faktum das schwächere mit umfasst. — Bei Gierke scheint diese Grenze gezogen zu sein.[1]) Er unterscheidet nämlich die „eigentliche, oder, wie er auch sagt, körperliche, leibliche Uebergabe" von der Besitzübertragung durch Rechtsgeschäft ohne körperliche Uebergabe; aber er nimmt immer dann körperliche Uebergabe an, wenn ein „äusserer Vorgang", der jedoch die Sache selbst nicht zu berühren braucht, die Verschiebung der tatsächlichen Sachherrschaft „sinnfällig" macht. Diese Behauptung scheint nicht richtig zu sein, weil der Umstand, dass irgend ein äusserer Vorgang die Sachherrschaft ersichtlich macht, nicht berechtigt, von körperlicher leiblicher Uebergabe zu reden; ungezwungen muss man doch unter körperlicher Uebergabe eine Uebergabe des Körpers der Sache selbst, an der Besitz erworben werden soll, verstehen. Damit ist allerdings ausgesprochen, dass bei beweglichen Sachen die körperliche Uebergabe, wenn auch nicht gerade die körperliche Berührung durch den Erwerber, so doch die Begründung einer tatsächlichen Beziehung zu seiner Person erfordert, die aber auch in der Unterbringung in von ihm beherrschten Räumen zu erblicken ist.[2]) Doch ist in dieser Forderung nicht die Möglichkeit der Entwickelung eines ungesunden Formalismus zu sehen: Abs. 2 des § 854 ist ein Schutz davor; vielmehr wird nur durch diese Feststellung die Bedeutung des Abs. 2 für den Erwerb von Besitz ins rechte Licht gerückt.

Also: Der Abs. 1 des § 854 erfordert körperliche Uebergabe der Sache selbst, während in Abs. 2 diese Forderung nicht aufgestellt ist. Daher liegt keine „wirkliche Uebergabe vor", wie Gierke meint,[3]) wenn dem Erwerber das nach der Lebensanschauung die Gewalt verschaffende Herrschaftsmittel ausgehändigt wird: Die Uebergabe der Schlüssel verschafft im Gesetzessinne

---

[1]) Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. II; § 115 IV.

[2]) Fischer-Henle, N. 5 zu § 854; Vgl. Bartels, aaO. S. 656.

[3]) Gierke, aaO. IV, 1.

nicht die tatsächliche Gewalt über die verschlossenen Sachen, sondern versetzt einen in die Lage, die Gewalt über die Sachen auszuüben.[1]) Selbst dieser Satz aber muss entsprechend den obigen Ausführungen dahin beschränkt werden, dass die Schlüsselübergabe durchaus nicht ohne weiteres und in allen Fällen die Möglichkeit der Gewaltausübung verschafft.[2]) Wenn also der Uebertragende z. B. einen Schlüssel zu dem zu übergebenden Warenlager dem Erwerber gibt, einen anderen gleichfalls passenden Schlüssel aber behält, so tritt der in § 854 Abs. 2 vorgesehene Rechtserfolg nicht ein.[3])

Wenn Gierke auch wirkliche Uebergabe durch Zeichnung der Sache zustande kommen lässt,[4]) so ist dem unter Bezugnahme auf das S. 22 Gesagte und auf das hier aufgestellte Erfordernis der körperlichen Uebergabe entgegen zu halten, dass die Zeichnung wohl die leibliche Uebergabe begleiten, sie aber nicht ersetzen kann; inwieweit durch Zeichnung der Erwerber in die Lage versetzt werden kann, die Gewalt üer die Sache auszuüben, ist schon erörtert worden.

Anders steht es mit der Behauptung Gierkes, dass auch die Uebergabe der von einem Schiffer, Frachtführer, Lagerhalter übernommenen Waren durch Uebergabe des über sie lautenden Konossements, Ladescheins oder Lagerscheins als wirkliche Uebergabe erscheine. Denn obwohl im Sinne des BGB. der Schiffer, Lagerhalter oder Frachtführer, welchem die Ware zur Aufbewahrung oder Beförderung übergeben ist, als unmittelbarer Fremdbesitzer, der auf Grund des Vertragsverhältnisses zum Besitz der Sachen auf Zeit berechtigt und verpflichtet ist, anzusehen ist und dementsprechend demjenigen, der durch die Uebergabe des Konossements, Lade- oder Lagerscheins zur Empfangnahme des Gutes legitimiert wird, der mittelbare Besitz an den Sachen übertragen wird, so verfügt doch das Handelsgesetzbuch (§§ 424, 450 und 647), dass die Uebergabe der erwähnten Warenpapiere „für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen habe wie die Uebergabe der Güter“ selbst.[5]) Durch diese

[1]) Dernburg, aaO. S. 61; Endemann, N. 19, § 36.
[2]) Vgl. S. 16 ff.
[3]) RG. 5, S. 339, Endemann, § 36 N. 21 b.
[4]) Gierke aaO. S. 234.
[5]) Dernberg, S. 61; Endemann, § 36 Ziff. 5; Gierke, S. 233.

Bestimmung wird der unmittelbare Besitz an den Gütern nicht erst durch die körperliche Uebergabe des Gutes,[1]) sondern „schon lange vorher, vielleicht zu einer Zeit, da das Gut noch im Absendungshafen lagert oder auf hoher See schwimmt", erworben.[2]) Man muss sich also hüten, diesen Besitzerwerb auf die Bestimmung des § 854 Abs. 2 zurückzuführen; es liegt zwar unmittelbarer Besitzerwerb ohne körperliche Uebergabe hier wie dort vor, doch würde ohne die betreffenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches diese Wirkung nicht entstehen, weil an sich der Besitz der Warenpapiere nicht die Möglichkeit der Gewaltausübung in dem oben erörterten Sinne verschafft.

Zur Kennzeichnung der Natur des in § 854 Abs. 2 vorkommenden faktischen Moments gehört noch die Besprechung des Falles, in dem der Besitzdiener des § 855 an der von ihm beherrschten Sache mit dem Willen des bisherigen Besitzers, also des bisherigen Besitzherrn, Besitz erwirbt: Der Herr schenkt dem Diener die Livree, die dieser trägt. Ohne Zweifel muss man annehmen, dass hier eine Anwendung des § 854 Abs. 2 vorliegt: Ohne eine körperliche Uebergabe in dem entwickelten Sinne ist der Erwerber in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben.[3]) Allerdings wird hier in den meisten Fällen das tatsächliche Verhältnis des Erwerbers zur Sache über die Anforderungen, die zum Vorhandensein der Möglichkeit, die Gewalt auszuüben, gestellt werden, weit hinausgehen, obschon es nicht unbedingt der Fall sein muss: Der Pferdeknecht ist ausserhalb des Stalles auch nur in der Lage, die Gewalt über das Pferd auszuüben. Aber selbst in solchen Fällen des gesteigerten Faktums, wie z. B. in dem Falle, dass die Köchin den Topf, der ihr geschenkt wird, bereits in der Hand hält, kommt für den Besitzerwerb nicht der Abs. 1, sondern der Abs. 2 des § 854 in Betracht; denn die Erlangung der tatsächlichen Gewalt ist zwar formell so erfolgt, wie sie zur Besitzbegründung erforderlich ist,

---

[1]) Sokolowski, Der Besitz im klass. Recht u. d. dtsch. BGB., S. 304 f.

[2]) Cosack, Lehrb. d. Handelsr. S. 466.

[3]) S. 23; Gierke, S. 235; Maenner, Recht d. Grundst. S. 97 N. 10; Bartels, aaO. S. 656; Aravantinos, Die Anfechtbark. d. Besitzübertr. (Jahrbuch. f. Dogm.) S. 151; Cosack, § 187 I, 8; Fischer-Henle N. 11 zu § 854.

aber kraft der Vorschrift des § 855 hat sie dem Besitzdiener doch keinen Besitz verschafft; in dem Augenblicke aber, in dem der Besitzherr seine Zustimmung zum Besitzerwerbe des Besitzdieners gibt, in dem gewissermassen die Beschränkung des § 855 paralysiert wird, — nunmehr braucht der Besitzdiener nicht mehr den Weisungen Folge zu leisten — erlangt er nicht erst die Gewalt, dagegen i s t er noch in der Lage, sie auszuüben.[1]) Wenn einige Schriftsteller den geschilderten Vorgang mit der traditio brevi manu des gemeinen Rechts vergleichen, so wollen sie wohl damit nur die Aehnlichkeit des äusseren Vorganges andeuten.[2]) Einen dem Vorgange der traditio brevi manu des gemeinen Rechts entsprechenden Besitzerwerb gibt es nicht mehr, weil der Besitzmittler des § 868 auch Besitzer ist, mithin der Besitz durch Beendigung des Rechtsverhältnisses des § 868 für ihn nicht mehr erworben werden kann.

Aravantinos hebt noch als Anwendungsfall des § 854 Abs. 2 den Tatbestand hervor, dass der Besitz von jemandem erworben werden soll, der die Sache inne hat, ohne Besitzer zu sein,[3]) weil nach der Verkehrsanschauung die tatsächliche Gewalt einem Dritten zusteht; er meint damit z. B. das tatsächliche Verhältnis eines Wirtshausgastes zu dem benutzten Glase. Eine Erörterung darüber, ob ein solches Verhältnis nicht als Besitzdienerschaft anzusehen ist und so nur ein Hinweis auf das Vorangegangene genügt, ist hier nicht am Platze, weil auf jeden Fall das Wesen dieses Besitzerwerbes dasselbe ist, wie in dem eben erörterten Falle.

Der Fall, dass der Eigenbesitzer einer Sache (§ 872 BGB.) zum Fremdbesitzer wird, gehört nicht hierher, weil dabei der Besitz nur in einer rechtlich veränderten Gestalt auftritt, aber nicht erst erworben wird, sei es, dass der Fremdbesitzer unmittelbar (§ 868 BGB.) oder mittelbar (§ 871 BGB.) besitzt.

Wir können unsere Erörterung über das faktische Moment des § 854 Abs. 2 dahin zusammenfassen: Der Erwerber ist in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, wenn er, ohne dass ihm die Sache körperlich übergeben wird, ungehindert, sobald er will, seine Herrschaft über die Sache geltend machen kann.

---

[1]) Windscheid-Kipp, S. 784; Strohal, aaO. S. 77; Kniep, Besitz S. 247.
[2]) Vgl. Planck N. 6 zu § 854.
[3]) Aravantinos, aaO. S. 151 d.

§ 7.

3) Es soll jetzt das Tatbestandsmerkmal der „Einigung“ des § 854, Abs. 2 erörtert werden, ohne jedoch vorläufig, soweit es angängig ist, seine Beziehungen zu dem vorher behandelten faktischen Moment zu untersuchen. Die Einigung (duorum in idem placitum consensus) ist „das absichtliche Zusammentreffen zweier Willenserklärungen“.[1])

Eine zufällige Uebereinstimmung ist keine Einigung. Wenn z. B. A den Entschluss fasst, den Besitz einer von ihm besessenen frei daliegenden Sache dem B zu überlassen und B beschliesst, ohne die Zustimmung des A zu kennen, den Besitz an der Sache zu erwerben, so kann von einer Einigung keine Rede sein. Die erzielte Uebereinstimmung muss also von beiden Seiten beabsichtigt und — wie sich aus diesem Erfordernis von selbst ergibt — auch beiden Seiten bewusst sein. Ein „Zusammentreffen“ der Willenserklärungen ist erforderlich; d. h. die Einigung ist nicht etwa der Zustand der Willensgleichheit — dem entspräche die Bezeichnung „Einigkeit“ — sondern der Vorgang, der einen solchen Zustand begründet. Diese Unterscheidung wird von Bedeutung sein für die Feststellung des Zeitpunktes des Besitzanfanges.

In unserem Falle ist der Gegenstand der Einigung klar: der bisherige Besitzer und der Erwerber müssen beide ihren Willen dahin kund geben, dass der Besitz der Sache nunmehr dem Erwerber zustehen soll. Die dem Absatz 2 des § 854 entsprechende Vorschrift im I. Entwurfe des BGB. (§ 803, Abs. 2): „Die Willenserklärung des bisherigen Besitzers, dass er den Besitz einräume, und die Willenserklärung des Erwerbers, dass er den Besitz ergreife“ usw. . . . ist also nur eine Analyse des Begriffs der Einigung, nur dass in ihr das Ineinandergreifen, die gegenseitige Gebundenheit der Willenserklärungen nicht in derselben Weise zum Ausdruck kommt. Haben sich die Parteien nicht den Besitzübergang als Erfolg vorgestellt, so kann von einer Einigung im Sinne von § 854, Abs. 2 nicht die Rede sein und Besitz ist nicht erworben worden, wenn auch die Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben, vorhanden ist. Aus diesem

---

[1]) Aravantinos aaO. S. 153.

Grunde ist der Tischler, dem der Schlüssel des Kellers zum Zwecke einer Reparatur übergeben worden ist, nicht Besitzer der verschlossenen Sachen geworden;[1]) auch eine Schenkung verschafft nicht Besitz nach § 854, Abs. 2, wenn neben der Schenkungsabsicht nicht auch noch die Besitzübergangsabsicht vorhanden ist.[2])

An eine Form ist die Einigung nicht gebunden; sie kann daher ausdrüklich oder stillschweigend erfolgen. In vielen Fällen wird sie in solchen Handlungen zum Ausdruck kommen, die früher das Wesen der symbolischen Besitzübergabe ausmachten: Schlüsselübergabe, Zeichnung der Sache und derartiges werden sehr oft nur den Besitzeinräumungs- bezw. Besitzergreifungswillen ausdrücken.

Die Bemerkung Kobers: „Hingabe und Entgegennahme des Besitzes brauchen nicht gleichzeitig erklärt zu werden“[3]) ist ziemlich selbstverständlich und ihr Inhalt schon aus der von uns angenommenen Definition der Einigung zu entnehmen; denn das Wesentliche ist das Zusammentreffen der beiden Erklärungen und ein solches wird nicht verhindert durch die auseinanderfallende Entstehungszeit der einzelnen Erklärungen.

Sehr bestritten ist die Frage, welche rechtliche Natur der Einigung des § 854 Abs. 2 zuzuerkennen ist. Muss sie als Rechtsgeschäft im Sinne der §§ 104 ff des BGB. und dann natürlich auch als Vertrag im Sinne der §§ 145 ff aufgefasst werden? Für die Entscheidung hierüber braucht für uns nur massgebend zu sein, dass das Rechtsgeschäft eine „rechtliche Wirkung“, auf die der Wille der Beteiligten gerichtet ist, erzeugt. So zweifelhaft auch sonst der Begriff des Rechtsgeschäfts sein mag,[4]) so ist doch das erwähnte Erfordernis als essentiell allgemein anerkannt;[5]) die vorhandenen Streitfragen aber, z. B. diejenige, die in Frage stellt, ob die rechtliche Wirkung nur privatrechtlichen oder auch öffentlich-rechtlichen Charakter haben kann, oder ob der auf den Erfolg gerichtete Wille geäussert werden muss oder nicht, oder

---

[1]) RG i. Seuff. Arch. 46, Nr. 169.
[2]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 4, S. 295.
[3]) v. Staudinger-Kober N. II, 2 a.
[4]) Manigk, Anwendungsgebiet etc. S. 19 ff.
[5]) Bruck, Einigung S. 3.

ob der Erfolg eintritt, weil ihn der Erklärende will oder weil ihn die Rechtsordnung an die Abgabe der Erklärung ein für allemal knüpft, können hier dahingestellt bleiben, weil die Zweifel, die an der rechtsgeschäftlichen Natur der Einigung entstehen können und auch entstanden sind, mit diesen Fragen nichts zu tun haben. Selbst der engere Begriff, der sich aus ihnen entwickeln liesse, würde mit dem Wesen der Einigung nicht im Widerspruch stehen.

Der Erfolg, der durch die Einigung erzielt wird, ist der Besitzerwerb. Um diesen Erfolg als rechtlichen zu kennzeichnen, ist es nicht nötig, die Frage, ob der Besitz des BGB. ein Recht ist oder nicht, eingehend zu beantworten.[1]) Soviel ist sicher, dass das Gesetz an den Besitz Rechtsfolgen knüpft, die Stellung des Besitzers zu einer Rechtsstellung macht.[2]) Selbst wenn man also Strohal zugibt, dass der Geist der Besitzvorschriften des BGB. „die Zusammenschliessung der an den Besitzstand sich knüpfenden Rechtsfolgen zu einem einheitlichen subjektiven Rechte“ nicht zulässt, so ist doch unzweifelhaft, dass auch nur eine einzige Rechtsfolge, wie sie unbestreitbar der Abs. 1 des § 859 enthält, zu der Behauptung berechtigt, dass die Begründung des Besitzes und somit auch dieser Rechtsfolge ein rechtlicher Erfolg ist. Hieraus folgt der rechtsgeschäftliche Charakter der Einigung.

Gegen diesen Schluss wird eingewendet, der Rechtserfolg tritt zwar ein, aber der in der Einigung zum Ausdruck gelangende Wille erstrebt ihn garnicht;[3]) der Wille richtet sich nur auf die faktische Beherrschung der Sache und die Rechtsfolgen treten dann ex lege ein: man bestreitet, sagt Bruck „den Kausalzusammenhang zwischen Wille und Erfolg“.[4]) Wenn man auch mit dieser Ansicht soweit mitgehen kann, dass „Besitz“ im BGB. sowohl die Tatsache, als auch die Rechtsfolgen bezeichnet, so ist andererseits festzustellen, dass der Begriff Besitz doch eine Vereinigung dieser beiden Merkmale ist und eine Trennung nicht denkbar ist; wer in einem solchen tatsächlichen Verhältnisse zu

---

[1]) Strohal, aaO. S. 62.

[2]) Strohal, aaO. S. 81, S 62 ff.

[3]) Maenner, Recht. d. Grundst. S. 97; Maenner, Sachenr. S. 133; Manigk, Anwendungsgeb S. 200 ff.

[4]) Bruck, Bedingungsfeindl. Rechtsgeschäfte, S. 119.

einer Sache steht, dass er sie besitzt, dem stehen auch ohne weiteres die Rechtsfolgen des Besitzes zu. Dass der Erwerber vielleicht — und auch nur vielleicht, denn das Gegenteil ist nicht ausgeschlossen — an den tatsächlichen, nicht an den rechtlichen Erfolg denkt, will also garnichts sagen, weil beide eng mit einander verknüpft sind. Richtig ist auch, was Bruck entgegnet: Laien pflegen bei Uebertragung des Eigentums auch nicht an die rechtlichen Folgen, sondern an die Beherrschung der Sache zu denken und trotzdem bleibt der gewollte Erfolg ein rechtlicher.[1]).

Aravantinos behauptet, die Einigung sei in Bezug auf den Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft, weil nicht die Einigung den Besitzerwerb hervorbringt, sondern das tatsächliche Verhältnis zur Sache, das allerdings erst durch die Einigung „qualifiziert" wird.[2]) Abgesehen davon, dass diese Konstruktion falsch ist, wie später darzulegen sein wird, ist doch auch nach dieser Ansicht der Besitz eine Folge der Einigung; denn der Besitzerwerb beruht nach Aravantinos auf der Qualifizierung der Gewalt und diese wiederum „wird darum anerkannt, weil die Parteien über die Besitzsubjektsänderung einig sind". Was heisst das anderes, als der Besitzerwerb ist eine Folge der Einigung?

Planck lässt die rechtgeschäftliche Natur der Einigung nicht unbezweifelt;[3]) doch sollen die „rechtlich erheblichen Erklärungen" der Einigung eine entsprechende Anwendungsmöglichkeit der Vertragsvorschriften bewirken. Die herrschende Meinung nimmt an, dass die Einigung des § 854 Abs. 2 ein Vertrag ist.[4])

Ist also einer der Beteiligten geschäftsunfähig (§ 104 BGB.) oder liegt bei einem die Voraussetzung des § 105 Abs. 2 vor, so ist die Einigung nichtig (§ 105 Abs. 1), mithin Besitz nach § 854 Abs 2 nicht entstanden. Die Beschränkung in der Geschäfts-

[1]) Bruck, aaO.

[2]) Aravantinos, aaO. S. 154.

[3]) Planck, N. 3a zu § 854.

[4]) v. Staudinger-Kober II, 2b zu § 854; Biermann, Erl. 7 zu 854; Fischer-Henle, N. 8 zu § 854; Endemann, Bd. II, § 37 Anm. 25; Cosack, Bd. II, § 187 b. Anm. 5; Dernburg, § 18, Anm. 2; Gierke, § 115 IV, 2; Strohal aaO. S. 81 ff; Stoever, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26, S. 168; Bruck, Bedingungsfeindl.; Rechtsgesch. S. 119; E. Bruck, Einigung S. 21; Bendix, aaO. S. 47; Kniep, aaO. S. 93; Dittenberger, Schutz des Kindes, S. 100. Breit, Geschäftsfähigkeit S. 250; Sokolowski, aaO. S. 306 f.

fähigkeit dagegen kann nur eine Wirkung auf das Zustandekommen der Einigung und somit des Besitzerwerbs ausüben, wenn der bisherige Besitzer beschränkt geschäftsfähig ist; denn der Erwerber erlangt lediglich einen rechtlichen Vorteil durch den Erwerb des Besitzes.[1]) Allerdings ist hierbei nur an den blossen Besitz gedacht. Also wenn der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte bisherige Besitzer auf eigene Faust sich einigt und keine der Voraussetzungen vorliegen, unter welchen eine solche Erklärung zur Wirksamkeit gelangt, (§§ 107 ff), so ist der Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 unmöglich; beim Erwerber verhindern die angegebenen Umstände nicht den Besitzerwerb.[2])

Die Anfechtung der Einigung auf Grund des Vorhandenseins von Willensmängeln (§§ 119-123 BGB.) ist gleichfalls denkbar. Selbst Aravantinos, der die Einigung nicht als Rechtsgeschäft gelten lassen will, tritt für die entsprechende Anwendung der Rechtssätze über Willensmängel für die Einigung ein.[3])

Dasselbe muss gelten für die Vorschriften über Bedingung und Zeitbestimmung; ist die Einigung aufschiebend bedingt oder befristet, so tritt der Besitzerwerb mit dem Eintritt der Bedingung oder Befristung ein, doch nur, wenn zu dieser Zeit das tatsächliche Verhältnis des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zu der Sache so ist, wie es § 854 Abs. 2 erfordert.[4]) Hat der Eintritt der Bedingung oder der Befristung auflösende Wirkung, so hört der durch Einigung erworbene Besitz in diesem Zeitpunkt auf und der „bisherige Besitzer" ist wieder Besitzer, vorausgesetzt natürlich, dass nicht inzwischen der Erwerber eine Handlung vorgenommen hat, die seinen Besitz nach Abs. 1 des § 854 begründet.

Bei der Anwendung der Grundsätze über Stellvertretung ist dem Wortlaut des § 854 Abs. 2 entsprechend darauf zu achten, dass die Möglichkeit der Gewaltausübung in der Person des Vertretenen verwirklicht sein muss.

Eine Gebundenheit an den Antrag zur Einigung leugnet Biermann;[5]) doch scheint diese Ausnahme von der Anwendbarkeit

[1]) Breit, aaO. S. 251; Strohal, aaO. S. 82.
[2]) Strohal, aaO.
[3]) Aravantinos aaO. S. 155.
[4]) Biermann, Erl. 7 zu § 854.
[5]) Biermann aaO.

der Vertragsgrundsätze, die natürlich am Platze wäre, wenn ein Widerspruch mit dem Wesen des Besitzes zu befürchten ist, nicht berechtigt. Biermann sagt nämlich, „die Besitzergreifung durch den Erwerber nach Zurückziehung des Antrages ist verbotene Eigenmacht". Nun gehört aber, wie wir gesehen haben, zum Besitzerwerb nach § 854 Ab. 2 gar keine Besitzergreifung, sondern nur die Willenserklärung des Erwerbers, und eine dann nachfolgende Besitzergreifung kann also keine verbotene Eigenmacht mehr sein, weil ja der Antragsteller dann garnicht mehr Besitzer ist. Also das Einigungsanerbieten ist unter den bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen bindend.[1])

Es ist noch einiges über die bei der Einigung beteiligten Personen zu sagen. Wer der „bisherige Besitzer" ist, besonders welcher Art sein Besitz an der Sache sein kann, ist bereits bei der Besprechung des tatsächlichen Moments erörtert worden. Die andere Partei muss „der Erwerber" sein. Es widerspricht also geradezu dem Wortlaute des Gesetzes wenn man annimmt, dass abgesehen von der Stellvertretung derjenige, der die Einigung vollzieht, den Besitz für einen anderen zu begründen im Stande ist, dass die Einigung zu Gunsten eines Dritten als Erwerbers, möglich ist. Der Erwerber ist nach dem Gesetze eben nicht ein Dritter, d. h. ein am Vertragsschlusse nicht Beteiligter, sondern er selbst muss sich „einigen". Für die Gültigkeit der Einigung zu Gunsten eines Dritten sind eingetreten Strohal und Leonhard, während die herrschende Meinung sie ablehnt.[2])

Eine Ausnahme erfährt der Satz, dass „der Erwerber" selbst sich einigen muss, durch die vom Gesetz geschaffene rechtliche Stellung des Besitzdieners. Wenn der Besitzdiener an der Einigung beteiligt ist, die Möglichkeit der Gewaltausübung aber beim Herrn vorhanden ist, wird wohl in den meisten Fällen einfache Stellvertretung vorliegen und der Besitz so dem Herrn erworben; der Besitzerwerb nach Abs. 2 des § 854 erfordert auf alle Fälle den Willen des Erwerbers, Besitz zu erwerben und auf Grund dieses

---

[1]) Kober, II, 2b zu § 854; Planck, N. 3a zu § 854.

[2]) Strohal, aaO. 87; Leonhard, Vertr. b. Fahrniserw. S. 58; a. M. Kober II, 2e; Planck N. 3a; Biermann Erl. 7; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 53.

Erfordernisses erstreckt sich die Vertretungsmacht des Besitzdieners auf die in der Einigung abzugebende Erklärung. Aber auch, wenn der Besitzdiener diese Erklärung nicht „im Namen" seines Herrn abgibt, d. h. nicht Vertreter ist, erwirbt der Herr durch diese Einigung den Besitz; denn der Sinn des § 855 lässt den Besitzdiener in allen den Besitz betreffenden Fragen gewissermassen als Werkzeug des Herrn erscheinen.

Aus demselben Grunde ist auch festzustellen, dass eine von dem Besitzdiener vollzogene Einigung, wenn der Besitzdiener in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, dem Herrn Besitz verschafft.[1])

§ 8.

Ueber das Verhältnis der Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben und der Einigung zu einander ist zu sagen, dass die erste Voraussetzung in dem Zeitpunkte vorhanden sein muss, in welchem die zweite hergestellt wird;[2]) es ist also unmöglich, Besitz zu erwerben, wenn man sich einigt, ohne in der Lage zu sein die Gewalt über die Sache auszuüben, und dann später erst in die nötige Lage kommt.

Die allgemeine Bedeutung der Bestimmung des § 854 Abs. 2 für den Besitzerwerb.

§ 9.

Es ist bis jetzt untersucht worden, unter welchen Umständen nach Abs. 2 des § 854 der Besitz als solcher an beweglichen Sachen erworben ist; doch die Bedeutung der in Frage kommenden Bestimmung für den Besitzerwerb an beweglichen Sachen ist mit den erörterten Konsequenzen durchaus nicht erschöpft.

§ 10.

Der Besitz an der Sache, der für den Erwerber unter den ausgeführten Umständen nach § 854 Abs. 2 begründet ist, verdankt seine Entstehung dem auf diesen Erfolg gerichteten Willen des

[1]) Vgl. Biermann, Erl. 7 zu § 854 und Erl. 4 zu § 855.
[2]) Stöver, a. a. O., S. 168.

bisherigen Besitzers und des Erwerbers: Der bisherige Besitzer will, dass der Erwerber Besitzer wird, und der Erwerber will den Besitz vom bisherigen Besitzer erwerben. Dieser Vorgang verdient die Bezeichnung „Uebergabe".

Welche Rolle in der geschichtlichen Entwickelung die „Uebergabe" im Gegensatz zur „Besitzergreifung" gespielt hat, ist am Anfang gezeigt worden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht den Begriff „Uebergabe" an verschiedenen Stellen (§§ 433, 446, 929 ff, 1032, 1205), gibt aber nirgends einen Anhalt für eine Difinition; trotzdem geht abgesehen von dem gleichfalls dahin deutenden Wortsinn aus allen diesen Stellen deutlich hervor, dass unter Uebergabe der Sache die Uebertragung des Besitzes von dem Uebergebenden auf den Uebernehmenden zu verstehen ist. Der erste Entwurf des BGB. enthielt zwar noch im § 803 Abs. 1 eine Vorschrift für den Besitzerwerb „mittels Uebergabe": „Mittels Uebergabe wird der Besitz einer Sache erworben, wenn der Besitz von dem bisherigen Besitzer dem Erwerber eingeräumt und von diesem ergriffen wird", doch fand sie keine Aufnahme im Gesetze, weil sie „selbstverständlich sei".[1]) Wenn Breit[2]) diese Definition auf die „Uebergabe" des BGB. überträgt, so ist dem nur mit folgender Einschränkung zuzustimmen: Die Ergreifung des Besitzes, von der in dieser Definition die Rede ist, muss auf einem inneren Zusammenhang mit der ebenda erwähnten Einräumung beruhen, das erste Moment muss das zweite auslösen.

Wir sind also berechtigt, in diesem Sinne die Bestimmung des § 854 Abs. 2 in folgende Form zu kleiden: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zur „Uebergabe" der Sache, wenn usw."

Doch wir müssen über dieses Resultat hinausgehen: Der Abs. 2 des § 854 ist zwar in dem Besitzrechte des BGB. die einzige Bestimmung, die die Uebergabe, die Uebertragung des Besitzes, ausdrücklich erwähnt und Voraussetzungen für sie enthält, doch entsteht gerade deshalb die Frage, ob nicht auch noch eine andere Art der Uebergabe denkbar ist, die im Gesetze bei den Besitzbestimmungen nicht erst besonders erwähnt ist.

---

[1]) Prot. III, S. 33, 44.

[2]) Breit aaO.

Es ist klar, dass in dem Falle des Besitzerwerbes, in dem der bisherige Besitzer dem Erwerber den Besitz der Sache durch Einräumung der tatsächlichen Gewalt des Abs. 1 des § 854 verschafft, und der Erwerber die tatsächliche Gewalt an der Sache auf Grund und im Bewusstsein dieses Verhaltens des bisherigen Besitzers erlangt, ebenfalls eine „Uebergabe der Sache" stattfindet; diese Art der Uebergabe ist sogar im Leben die am häufigsten vorkommende: Der Kaufmann „überreicht" dem Kunden die Ware, der Kunde „übergibt" das Geldstück dem Kaufmann usw. Was hier die Besitzergreifung, die doch unzweifelhaft auch vorhanden ist, — denn der Kunde erlangt die tatsächliche Gewalt über die Ware, wie der Dieb, der sie des Nachts aus dem Laden holt, — zur „Uebergabe" erhöht, ist der übereinstimmende Wille des bisherigen Besitzers und des Erwerbers. Wenn daher mir jemand seine Geldtasche übergeben will, ich aber, ohne seine Zustimmung zu kennen, sie einstecke, so hat er mir doch nicht die Tasche übergeben, sondern ich habe sie „nur" ergriffen. Also: „Eine Uebergabe liegt nur dann vor, wenn der Erwerber in Kenntnis des Uebertragungswillens die Sache an sich nimmt".[1])

Die der hier entwickelten Ansicht zu Grunde liegenden Gesichtspunkte werden ganz verkannt von Manigk und Dittenberger, der sich Manigk vollkommen anschliesst.[2]) Es soll auf den Willen des Erwerbers bei der Uebergabe garnicht ankommen, „lediglich durch den einseitigen Willen des Vorbesitzers ist die Besitzübertragung[3]) bedingt". Das soll aus § 858 zu entnehmen sein. Es liegt hierin eine Verwechselung von Erwerb fehlerlosen Besitzes mit Besitzerwerb durch Uebergabe.

Aehnlich wie Manigk versteht Aravantinos unter Besitzübertragung „nichts weiter als eine bedingte Besitzaufgabe", eine Besitzaufgabe zu Gunsten eines bestimmten dritten Erwerbers,

---

[1]) Breit, aaO., S. 248.

[2]) Manigk, Anwendungsgeb., S. 202 ff.; Dittenberger, Schutz des Kindes, S. 100 ff.

[3]) Es sei hier nebenbei bemerkt, dass der bei Fischer und Manigk aaO. gebrauchte Ausdruck „Besitzübertragung" identisch ist mit dem von uns gewählten Ausdruck „Uebergabe"; die Identität geht schon aus dem gemeinsamen Gegensatz, nämlich „Besitzergreifung" hervor. Der Grund für die hier getroffene Wahl ist zunächst der Sprachgebrauch des BGB. an den angeführten Stellen. Auch Cosack gebraucht den Ausdruck „Uebergabe".

d. h. nur „der Wille des bisherigen Besitzers ist von rechtlicher Bedeutung".[1]) Zu dieser Definition, die dem Sinne des Wortes „Uebertragung" durchaus nicht gerecht wird, — denn zum Uebertragen gehören doch zwei, also kann der Begriff doch noch nicht mit dem einseitigen Verhalten des bisherigen Besitzers erschöpft sein, — ist Aravantinos allerdings gezwungen, wenn er nicht gerade die durch das Gesetz bedingte Möglichkeit einer Besitzübertragung ganz leugnen wollte. Nur so konnte er seine folgenden Erörterungen, besonders die, dass der Besitzerwerb nach § 854, Abs. 2 originär ist, in Einklang mit den offenkundigen Anforderungen des Gesetzestextes bringen.

Vergleichen wir nunmehr die Voraussetzungen, die den Besitzerwerb nach Abs. 1 des § 854 zur Uebergabe stempeln, mit den oben entwickelten Voraussetzungen, die nach Abs. 2 den Besitz überhaupt erst begründen, so finden wir, dass in beiden Fällen der beim bisherigen Besitzer und beim Erwerber erforderliche innere Vorgang derselbe ist. Wir wären also ohne weiteres berechtigt zu sagen, die Besitzübergabe erfordert die Einigung des bisherigen Besitzers und Erwerbers. Hierzu passt auch der Wortlaut des Abs. 2 des § 854 ausgezeichnet: unter besonderen Umständen genügt die Einigung allein zur Uebergabe ohne die im ersten Falle vorhandene Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Doch hierin soll kein Argument für unsere Behauptung gefunden werden, denn der Gesetzgeber hat wohl, wie Dittenberger auch ausführt, nur die Erleichterung des Besitzerwerbs des Abs. 2 als solchen im Verhältnis zu dem des Abs. 1 im Auge gehabt.[2]) Aber auch eine eingehende Prüfung der die Einigung des Abs. 2 bedingenden Voraussetzungen ergibt eine Uebereinstimmung mit den Erfordernissen des subjektiven Moments bei der Uebergabe nach Abs. 1. Wenn der Vertragscharakter dieses Vorganges von Breit deshalb bestritten wird,[3]) weil der Erwerber nur die Zustimmung des Veräusserers kennen muss, weil nur sein Wissen in Betracht komme, für sein Wollen dagegen kein Raum sei, so ist dem zu entgegnen: Dass der Erwerber Besitz erwerben will, kann wohl nicht geleugnet werden, wenn man überhaupt von

[1]) Aravantinos aaO., S. 124.
[2]) Dittenberger, aaO., S. 101, Anm. 1.
[3]) Breit, aaO., S. 248.

Uebergabe redet. Nun ergreift er den Besitz mit der Kenntnis der Zustimmung des Veräusserers, wie Breit selbst sagt, d. h. er weiss, dass der Veräusserer gerade ihm den Besitz zuwenden will. Mithin wäre es widersprechend zu behaupten, er will zwar Besitz erwerben, aber trotzdem er weiss, dass der bisherige Besitzer gerade ihm den Besitz zuwenden will, braucht er nicht von ihm erwerben zu wollen. Also bei Kenntnis der Zustimmung des bisherigen Besitzers kann eine Besitzergreifung nur erfolgen, wenn der Erwerber von dem bisherigen Besitzer den Besitz erwerben will. Mehr ist aber nicht nötig, um das zur Einigung erforderliche Moment auf Seiten des Erwerbers als gegeben zu betrachten. Allerdings ist hier nicht, wie im ersten Falle, der Wille der Parteien auf den Besitzerwerb als rechtlichen Erfolg gerichtet, vielmehr ist der erstrebte rechtliche Erfolg der, den Erwerb des Besitzes, der als solcher von der Einigung unabhängig ist, als Besitzübertragung zu kennzeichnen. Welche Bedeutung diese Charakterisierung des Besitzerwerbes hat, wird noch beim Eigentumserwerb gewürdigt werden.

Was also von der Einigung des § 854, Abs. 2 gesagt worden ist, gilt im allgemeinen auch von der Einigung als Grundlage der Uebergabe durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt; Besonderheiten ergeben sich nur daraus, dass bei der Unwirksamkeit der Einigung im zweiten Falle nicht wie im ersten überhaupt gar kein Besitz entsteht, sondern der Besitz zwar durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt nach Abs. 1 erworben wird, aber nicht durch „Uebergabe", sondern durch „Ergreifung". Es kann daher dieser Besitz dadurch, dass die Einigung auf Grund eines Willensmangels als nicht vorhanden anzusehen ist, — bei einem Willensmangel in dem Sinne der §§ 119—123 BGB. allerdings erst dann, wenn die Anfechtung ordnungsgemäss erfolgt ist, — fehlerhaft werden, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 858, Abs. 1 BGB. noch hinzukommen, insbesondere also dann, wenn der bisherige Besitzer nunmehr dem Besitzübergange widerstrebt, d. h. wenn ihm der Besitz entzogen ist.

Die falschen Konsequenzen, die Manigk und mit ihm Dittenberger aus der Forderung, dass jeder Uebergabe ein Vertrag zu Grunde liegt, ziehen,[1]) hat Breit bereits zurückgewiesen:[2]) ein

[1]) Manigk, aaO.; Dittenberger, aaO. [2]) Breit, aaO., S. 249.

Kind, das von einem Geschäftsfähigen einen Gegenstand in die Hand bekommt, erwirbt wohl Besitz an dem Gegenstand — vorausgesetzt, dass es überhaupt Besitz erwerben kann — nur liegt keine Uebergabe vor, sondern blosse Besitzergreifung.

Ausser Fischer spricht auch Cosack der Uebergabe ganz allgemein den Vertragscharakter zu: „der andere Vertragsschluss ist eben die Uebergabe: der Veräusserer muss dem Erwerber oder dessen Vertreter den unmittelbaren Besitz ..... verschaffen".[1]) Planck scheint mit seinen Worten:[2]) „Während im letzteren Falle (dem Falle, dass sich der konsensuale Besitzwechsel durch sofortige Ausübung der Gewalt seitens des Erwerbers vollzieht) die Einigung nur Voraussetzung des konsensualen Besitzerwerbs ist, bildet sie im Falle des § 854 Abs. 2 zugleich eine Voraussetzung des Besitzerwerbs überhaupt",[3]) die Notwendigkeit der Einigung zu jeder Art der Uebergabe — denn „konsensualer Besitzwechsel" ist doch nichts anderes — zuzugeben; über ihren Vertragscharakter aber äussert er sich nicht.

Dasselbe Resultat, wie wir es erhalten haben, wird erzielt, wenn man, wie Kober und scheinbar auch Dernburg und Sokolowski annimmt,[4]) dass jede Uebergabe durch Anwendung des Abs. 2 des § 854 erfolgt, dass der Abs. 1 nicht den Besitzerwerb „unter allen Umständen",[5]) d. h. sowohl durch einseitige Ergreifung als auch durch Uebergabe, sondern nur die einseitige Besitzergreifung regelt, und Abs. 2 den Besitzerwerb durch Uebergabe sowohl mit Erlangung der tatsächlichen Gewalt als auch bei blosser Verfügungsmöglichkeit behandelt. Man ist zu der letzteren Annahme deshalb berechtigt, weil das „in-der-Lage-sein", wie oben schon erwähnt,[6]) als das gelindere Faktum durch das strengere Faktum der „Erlangung der tatsächlichen Gewalt" erst recht erfüllt ist: doch scheint uns der Wortlaut des Gesetzestextes nicht für eine solche Auffassung zu sprechen, besonders die Verbindung des ersten und zweiten Absatzes durch das „genügt" ist dann

[1]) Fischer-Henle, aaO.; Cosack, aaO., § 198, I, 1.
[2]) Planck, aaO., N. 3a zu § 854.
[3]) Ebenso Stoever, aaO., S. 168.
[4]) v. Staudinger-Kober, aaO. N. III, 1 zu § 929; Dernburg, aaO., § 18,1; Sokolowski, aaO., S. 302.
[5]) Biermann, N. 1 zu § 854.
[6]) S. 22.

unterbrochen und dieser Ausdruck durchaus nicht gerechtfertigt. Das Resultat ist, wie gesagt, dasselbe, insofern als hier wie dort die Uebergabe auf jeden Fall ein gleichgeartetes subjektives Moment, die „Einigung", erfordert, und hier wie dort das Faktum entweder die strengere Form der tatsächlichen Gewaltausübung oder die mildere der Möglichkeit der Gewaltausübung haben kann.

§ 11.

Die Bestimmung des § 854 Abs. 2 erlangt eine weitere Bedeutung für den Besitzerwerb im allgemeinen dadurch, dass sie eine Art derivativen Besitzerwerbs enthält. Auf die Besonderheiten dieser Erwerbsart des Besitzes wird man hingewiesen durch eine Reihe von Bestimmungen des BGB.

Bei den Vorschriften für die Verjährung und in entsprechender Weise bei denen für die Ersitzung findet sich die Bestimmung, dass unter gewissen Voraussetzungen die Verjährungs- bezw. die Ersitzungszeit dem „Rechtsnachfolger" im Besitz zu statten kommen soll (§§ 221, 943). Ferner kann der „Rechtsnachfolger" für Verwendungen des „Vorbesitzers" gemäss §§ 999 und 850 BGB. Ersatz verlangen. Der „Nachfolger im Besitze" muss die Fehlerhaftigkeit des Besitzes im Sinne des § 858 Abs. 1 BGB. gegen sich gelten lassen, wenn er Erbe des Besitzers ist oder die Fehlerhaftigkeit kennt (§ 858 Abs. 2). Ein solcher Rechtsnachfolger im Sinne des § 858 Abs. 2 muss sich die Schutzmassnahmen, die dem durch verbotene Eigenmacht geschädigten Besitzer im § 859 zugesichert sind, gefallen lassen, auch wenn nicht er, sondern sein Vorbesitzer sich der verbotenen Eigenmacht schuldig gemacht hat (§ 859 Abs. 4). Die §§ 861 Abs. 2 und 862 Abs. 2 gewähren einen gewissen Schutz dem Besitzer bezw. dem Störer und ihren „Rechtsvorgängern" gegenüber der Geltendmachung von Rechten durch den Besitzer, der von verbotener Eigenmacht betroffen ist.

„Derivativ ist ein Erwerb, welcher sich derartig von der Beziehung des Vormannes ableitet, dass er als Fortsetzung der Beziehung desselben zum Objekte erscheint".[1])

---

[1]) Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. R., Bd. 2, § 21, 4.

Demnach wird derivativer Besitzerwerb bereits begründeten Besitz voraussetzen, durch den das Zustandekommen des neuen Besitzes bedingt ist.[1])

Die Frage, ob derivativer Besitzerwerb überhaupt möglich ist, hat besonders im gemeinen Recht grosse Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen. Bis zu Savigny wurde allgemein die Möglichkeit zugegeben, während Savigny den Satz aufstellte, dass jeder Besitzerwerb originär sei. Doch in der weiteren Entwickelung fand der Gedanke der Succession in den Besitz immer mehr Verbreitung. Man ging dabei von der Auffassung aus, dass der Besitz nicht nur ein tatsächliches Verhältnis sei, sondern auch eine mit Rechtsfolgen verknüpfte Rechtsstellung, die übertragen werden kann.[2])

Der Tatbestand des § 854 Abs. 2 ist so gestaltet, die Annahme derivativen Besitzerwerbs zu rechtfertigen: Der Erwerber wird Besitzer, nur wenn der Veräusserer Besitzer gewesen ist, ohne jeden „Besitzbegründungsakt", ohne dass die Sache in ihren faktischen Beziehungen davon berührt wird, nur deshalb, weil Veräusserer und Erwerber es wollen.[3]) Dieser Vorgang ist derivativer Erwerb, Succession: Die Rechtsfolgen, die bisher auf Grund eines bestimmten Tatbestandes einer gewissen Person zustanden, werden auf Grund eines anderen Tatbestandes von dieser Person abgelöst und einer anderen Person zugewendet.[4]) Der Tatbestand, der in unserem Falle die Ablösung und Zuwendung bewirkt, der sogen. Successionstatbestand ist nichts anderes als die Einigung. Diese Macht der Einigung, die ihr von der Rechtsordnung beigelegt worden ist, widerspricht durchaus nicht dem Wesen des Besitzes, „durch sie wird in das Besitzrecht kein fictives Element hineingetragen."[5]) Nämlich: Durch die Bestimmung des § 856 Abs. 2 wird der Fortbestand einmal begründeten Besitzes ermöglicht, auch ohne dass das Gewaltsverhältnis zwischen Besitzer und Sache durch äussere Umstände zum Ausdrucke kommt: Ein Holzhändler lässt

[1]) Vgl. Cosack, § 187, S. 70.
[2]) Bekker, Recht d. Bes., S. 312; Windscheid-Kipp, S. 766, N. 10.
[3]) Vgl. Strohal, aaO., S. 60 ff.
[4]) Strohal, Succesion, S. 32, 33.
[5]) Strohal, aaO., S. 62.

Baumstämme auf dem Flusse abwärts treiben, auf einem Bauplatze sind Steine bereits im Herbst für einen im nächsten Frühjahr aufzuführenden Bau abgeladen worden und liegen den ganzen Winter unter hohem Schnee da oder dergl. Die Rechtsfolgen, die für den Besitzer durch den Erwerb des Besitzes entstanden sind, bestehen weiter, ihre tatsächlichen Grundlagen sind aber ganz andere, als zu ihrer Entstehung erforderlich waren; dieselben zur Fortdauer des Besitzes erforderlichen, gelinderen tatsächlichen Grundlagen bestehen aber auch zu Gunsten des neuen Besitzers. Wenn also die Rechtsordnung bei solcher faktischen Lage nun einen Tatbestand festsetzt, der auch die Rechtsfolgen zu Gunsten des neuen Besitzers eintreten lässt, so erleidet der mit Besitz verbundene Gewaltbegriff dadurch keine Schädigung: Dieselbe Herrschaft, die der alte Besitzer ausübte, kann der neue auch ausüben.

Von ganz anderer Seite sieht Planck den Besitzerwerb des § 854 Abs. 2 an.[1]) Eine Unterscheidung zwischen § 854 Abs. 1 und § 854 Abs. 2, Besitzerwerb durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt und Besitzerwerb ohne Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch blosse Einigung, gäbe es nicht; auf jeden Fall sei der Besitzerwerb von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt abhängig und der Abs. 2 bestimme nur, „um einer zu engen Auffassung des Abs. 1 vorzubeugen", gewisse Voraussetzungen, die die tatsächliche Gewalt als erlangt erscheinen lassen und so nach Abs. 1 den Besitz begründen.

Allerdings betonten die Motive zum Entwurf I des BGB., der in § 803 Abs. 2 die Bestimmung des jetzigen § 854 Abs. 2 enthielt, die „erklärende Natur" dieser Bestimmung[2]) und auch die Denkschrift nennt sie eine „erläuternde Bestimmung";[3]) doch der Gesetzestext lässt eine solche Auffassung nicht zu: Es ist ein Mittel zum Erwerb des Besitzes und nicht zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt angegeben. Also selbst, wenn der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 854 Abs. 2 nur eine Auslegungsregel für den Begriff der Erlangung der tatsächlichen

---

[1]) Planck, aaO. N. 3 zu § 854.
[2]) Mot. III, S. 93.
[3]) Denkschrift, S. 106.

Gewalt im Abs. 1 hat geben wollen, so ist dieses Wollen für die Auffassung des Gesetzes doch unerheblich, weil er tatsächlich diesen Willen nicht zum Ausdruck gebracht hat.

Der Grund, den Planck für seine Auffassung angibt, es würde bei der Annahme einer besonderen Erwerbsart auf Grund des Abs. 2 § 854 an einer Bestimmung fehlen, wie der ohne Erlangung der tatsächlichen Gewalt begründete Besitz beendet wird, ist deshalb nicht stichhaltig, weil eine solche Bestimmung nicht nötig ist: Analog zu der Vorschrift des § 856 kann gesagt werden, der Besitz, der durch Abs. 2 des § 854 begründet ist, ist beendigt, sobald ein Moment, das zu seiner Entstehung geführt hat, wieder wegfällt, also entweder sobald die Einigung ihre rechtliche Kraft verliert oder die Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben, schwindet.

Derselben Ansicht wie Planck ist auch Kipp, der die Einigung das Erfordernis der tatsächlichen Gewalt vollenden lässt, weil ein normaler Mensch ein tatsächliches Verfügungshindernis empfindet, solange er weiss, dass er über eine Sache nicht verfügen darf.[1]) Dass die Beseitigung eines solchen gewissermassen moralischen Hindernisses nicht die tatsächliche Gewalt hervorbringt, dürfte klar sein. Auch Aravantinos nennt die Einigung ein Erfordernis zur „Charakterisierung der tatsächlichen Gewalt".[2])

Aravantinos zieht auch die Konsequenz aus seiner Ansicht und erklärt, dass auch in den Fällen des § 854 Abs. 2 von Succession keine Rede sei, es liege originärer Erwerb vor:[3]) Wenn nämlich durch den Tatbestand des Abs. 2 nur die tatsächliche Gewalt erlangt sei, so werde der Besitz nach Abs. 1 unabhängig von dem Besitz des Vorbesitzers erworben.

Planck kommt allerdings aus einem anderen Grunde zu demselben Resultat: Das zum Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 erforderliche faktische Moment des „in-der-Lage-sein" lässt die Annahme einer Rechtsnachfolge nicht zu, da ein tatsächlicher Zustand nicht übertragen werden könne, sondern in der Person

---

[1]) Windscheid-Kipp, S. 784.
[2]) Aravantinos, aaO., S. 127, 153.
[3]) Aravantinos, aaO., S. 127.

des Erwerbers von selbst begründet sein müsse.[1]) Dem ist zu entgegnen, dass die Nachfolge auch nicht in das Faktum geschieht, welches beim Tatbestand des § 854 Abs. 2 schon vorher da ist, sondern in die dem Vorbesitzer zustehenden Rechtsfolgen.

Ebenso wie uns § 854 Abs. 2 als Tatbestand der „Uebergabe" zu einer Untersuchung der allgemeinen Uebergabe veranlasst hat, so führt auch nach den obigen Ausführungen zunächst § 854 Abs. 2 den Begriff des derivativen Besitzerwerbs ein und lässt wiederum von selbst die Frage entstehen: Ist nur die Uebergabe des Besitzes nach § 854 Abs. 2 eine derivative Erwerbsart, oder ist nicht überhaupt jede Besitzübertragung derivativ? Wenn wir die Einigung als Tatbestandsmerkmal der Uebergabe festhalten, sind wir auch berechtigt, die Uebergabe allgemein als derivativen Erwerb zu bezeichnen: Diejenigen Rechtsfolgen nämlich, die mit der Uebergabe als besonders qualifizierte Besitzerwerbsart verknüpft sind und die sich beim Eigentumserwerb besonders zeigen, beruhen auf der Rechtsstellung des Veräusserers, und der Successionstatbestand ist auch hier die Einigung. Also jede Uebertragung des Besitzes im oben erörterten Sinne begründet derivativen Besitzerwerb.[2])

Hellwig führt in demselben Sinne aus: Die Singularnachfolge „ist überall da anzunehmen, wo der jetzige Besitzerwerber sein Besitzverhältnis durch Einigung mit dem Vorbesitzer begründet hat".[3]) Cosack bezeichnet gleichfalls jeden vertragsmässigen Besitzerwerb als derivativ, „abgeleitet".[4]) Sokolowski stellt die beiden Begriffe derivativer Besitzerwerb und Besitztradition, ganz gleich[5]); dem ist insofern nicht zu folgen, als die Besitztradition nicht die einzige derivative Erwerbsart von Besitz ist.

Lehmann und Kohler erkennen derivativen Erwerb des Besitzes mit Ausnahme des Besitzerwerbes nach § 857 überhaupt nicht an, weil gemäss § 858 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des

---

[1]) Planck, aaO. N. 3b zu § 854; Ebenso Kniep, S. 108, 179.

[2]) Vgl. Fischer-Henle, N. 8 u. 10 zu § 854; Ebenso Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, N. 1 zu § 854.

[3]) Hellwig, Wesen u. subjekt. Begrenz. d. Rechtskr. § 36; Ebenso Lessing, Begr. d. Rechtsnachf. etc., S. 66.

[4]) Cosack, aaO. § 187, I; Ebenso Endemann, § 37, Ziff. 3; v. Staudinger-Kober, Anm. II, 4 zu § 854.

[5]) Sokolowski, aaO., S. 302.

„Vorgängers“ nicht mit übertragen wird;[1]) wenn der Besitz auf Grund der Kenntnis der Fehlerhaftigkeit des Besitzes des Vorgängers fehlerhaft werde, dann geschehe das durch die Person des Erwerbers selbst, nicht infolge der Succession. Was hier jedoch als Grund der Fehlerhaftigkeit angegeben wird, ist garnicht das, was nach dem Gesetz (§ 858 Abs. 1) als Grund erfordert wird; nicht die Kenntnis, sondern Besitzentziehung oder -Störung machen den Besitz fehlerhaft. Also beruht im Falle des Abs. 2 § 858 die Fehlerhaftigkeit auf der beim „Rechtsvorgänger vorhandenen Besitzlage“;[2]) die Kenntnis ist nur ein weiteres Tatbestandmerkmal.

II. Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 für den Erwerb von Eigentum und Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§ 12.

Wie der Besitz im allgemeinen in den seltensten Fällen um seiner selbst willen erworben wird, sondern vielmehr meistens nur das „Element eines Rechtserwerbs“ ist,[3]) so kommt naturgemäss auch dem Besitzerwerb auf Grund des § 854 Abs. 2 eine besondere Bedeutung als Grundlage von Rechten zu: Hier ist sein Einfluss auf den Erwerb von Eigentum und Pfandrecht zu prüfen.

Die Bedeutung des § 854 Abs. 2 für den Erwerb von Eigentum an beweglichen Sachen ist begründet in der Vorschrift des § 929 S. 1: „Zur Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll“. Die hier in Betracht kommende Uebergabe ist im Sinne der obigen Ausführungen die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an der Sache. Wenn also zu dem

---

[1]) Enneccerus-Lehmann, § 21, Ziffer 4; Kohler, Vertrag u. Uebergabe im Arch. f. bürgerl. R. 18, S. 80/81.

[2]) Endemann, § 37, N. 24.

[3]) Dernburg, aaO., S. 13.

Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2, wie er geschildert worden ist, die erforderliche Einigung des § 929 hinzukommt, so ist das Eigentum erworben.[1])

Die Rechtsprechung hat ausschliesslich in diesem Sinne geurteilt. In der bereits einmal erwähnten Entscheidung des Kammergerichts ist nur deshalb das Eigentum an den Vogelbauern nicht entstanden, weil eine Einigung über den Besitzübergang nicht erfolgt war;[2]) als allgemeiner Grundsatz ist aufgestellt: „Die Uebergabe des § 929 erfordert Besitzerwerb". Ebenso ist in der mitgeteilten Entscheidung des Oberlandesgerichts Breslau grundsätzlich Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 als Voraussetzung der Uebergabe zugelassen,[3]) nur fehlte es im konkreten Falle an dem zum Tatbestand des § 854 Ab. 2 gehörigen tatsächlichen Momente. In der juristischen Wochenschrift[4]) ist eine Reichsgerichtsentscheidung mitgeteilt, nach welcher der Begriff der Uebergabe dadurch gegeben ist, dass der Erwerber die Schlüssel zu einem Lagerkeller, in dem Furniere lagerten, in seine Gewalt gebracht und jeden anderen Zutritt zu dem Raume unmöglich gemacht hat mit der stillschweigenden Zustimmung des bisherigen Besitzers. Auf Grund dieser Uebergabe, die deutlich den Charakter des Besitzerwerbs nach § 854 Abs. 2 zeigt, hat der Erwerber an den Furnieren sich Eigentum verschafft.

Ein Tatbestand des § 854 Abs. 2 als Grundlage der Eigentumsverschaffung enthält auch folgende Oberlandesgerichtsentscheidung:[5]) Die Ehefrau ist auf Grund der Hausgemeinschaft ebenso wie der Ehemann in der Lage, die Gewalt über eine Ziegelei und die darauf befindlichen Steine auszuüben, wenn ihr der Mann die ausschliessliche Befugnis dazu erteilt. Eine Einigung über den Uebergang des Besitzes an den Steinen ist darin zu erblicken, dass der Ehemann seiner Frau die Lagerräume vermietet hat mit der Erlaubnis, die Einrichtungen der Ziegelei zur Fertigstellung der noch ungebrannten Ziegeln zu benutzen.

---

[1]) S. 33 ff.; v. Staudinger, Fischer-Henle, Biermann zu § 929; Leonhard, Vertr. b. Fahrniserwerb, S. 57.

[2]) Rechtspr. d. OLG., Bd. 4, S. 295.

[3]) Rechtspr. d. OLG., Bd. 5, S. 150.

[4]) Jur. W. 1900, S, 114.

[5]) Rechtspr. d. OLG. 12, S. 279.

Wenn also „Uebergabe“ in § 929 die Uebertragung des Besitzes bedeutet — zu dieser Annahme ist man auch auf Grund des zweiten Satzes des § 929 berechtigt, der bei schon vorhandenem Besitz die Uebergabe für überflüssig erklärt — so kann gesagt werden: Alle Tatbestände, die nach den Ausführungen über den § 854 Abs. 2 als Besitzerwerbsart, Besitz zu begründen im Stande sind, können auch die Uebergabe des § 929 bilden und alles, was dort gesagt worden ist, gilt mithin auch für diese Uebergabe. Wenn die in § 929 ausserdem normierten Tatbestandsmerkmale hinzukommen, so ist der Besitz in Eigentum verwandelt.

Die rechtliche Natur der Uebergabe ist bereits beim Besitzerwerb erörtert worden. Es ist hier nur noch einiges über eine Ansicht Manigks zu sagen, die allerdings bereits von Stoever entschieden zurückgewiesen worden ist.[1])

Manigk behauptet, zur Uebergabe des § 929 gehöre nicht eine Traditionshandlung des bisherigen Besitzers, sondern es genüge, dass der Erwerber in den Besitz der Sache gelange, auf welche Weise dies geschehe, sei dabei ganz gleichgiltig. Er folgert das aus der Bestimmung des zweiten Satzes des § 929, m. a. W.: Manigk behauptet hier, das Gesetz schreibe zwar „Uebergabe“ vor, es sei aber gar keine Uebergabe nötig. Ein solcher Widerspruch mit dem Gesetzestexte ist unzulässig. Das bei Manigk angeführte Beispiel enthält nichts besonderes: Die vom Wind weggefegte und vom Eigentümer einem Vorübergehenden geschenkte Banknote ist diesem auch „übergeben“; denn in dem Augenblicke, in dem der bisherige Besitzer den Entschluss fasst, die Banknote dem Vorübergehenden zu schenken, also auch den Besitzübergang will, benutzt er den Wind als Werkzeug seines Willens zur Uebergabe. Eine förmliche Uebergabe von Hand zu Hand ist natürlich nicht erforderlich.[2])

§ 13.

Das Pfandrecht an beweglichen Sachen wird erworben nach § 1205: „Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, dass dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen

[1]) Manigk, aaO., S. 193 f.; Stoever, aaO., S. 166 ff.

[2]) Ebenso Stoever, aaO., S. 167.

soll". Die Analogie zu der Vorschrift für Eigentumserwerb ist offenkundig und für die Beziehung des § 854 Abs. 2 zum Erwerb des Pfandrechts kann dasselbe gelten, was für den Eigentumserwerb festgestellt worden ist: Die im Tatbestand des § 1205 vorkommende Uebergabe ist auch nach § 854 Abs. 2 möglich.

Im allgemeinen ist für die Bedeutung des Besitzes beim Pfandrechtserwerb noch folgendes zu sagen: Die Besitzübertragung hat für den Erwerb des Pfandrechts die Bedeutung, dem Pfandberechtigten die Legitimation seines Rechtes zu verschaffen;[1]) doch muss andererseits durch die Besitzerlangung der „zur Pfandbestellung erforderlichen Kundbarkeit" Genüge getan werden. Daraus ergibt sich: „Die verpfändete Fahrnis muss kennbar aus dem Machtbereich des Schuldners abgeschichtet werden".[2]) Stellt man dieser Forderung den von uns bestimmten Tatbestand des § 854 Abs. 2 gegenüber, so findet man, dass der dort geschilderte Besitzerwerb wohl im Stande ist, dieser Forderung gerecht zu werden; auch dort war eine Absonderung aus dem Machtbereiche des bisherigen Besitzers Voraussetzung.

In der Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass der Besitzerwerb ohne körperliche Einwirkung die Voraussetzung der Uebergabe des § 1205 erfüllt. Besonders häufig ist der Fall, dass an einem Warenlager durch Uebergabe der Speicherschlüssel Pfandrecht begründet wird.[3]) Wenn einerseits der im Besitze der Schlüssel Befindliche sich jederzeit und ungehindert Zutritt zu den Speichergebäuden verschaffen kann, andererseits aber der ordnungsgemässe Zugang zu den verschlossenen Speichern nur demjenigen möglich ist, der sich im Besitz der Schlüssel befindet, so wird durch die Ausantwortung der Schlüssel ein Zustand hergestellt, der dem Gläubiger die ausschliessliche Herrschaft über die in den Speichern liegenden Vorräte verschafft und dem Verpfänder sowohl wie auch sonstigen Dritten die Möglichkeit der Einwirkung auf die Objekte entzieht.[4]) Mithin entsteht im Augenblick der Schlüsselhingabe das Pfandrecht an den Waren.

[1]) Vgl. Endemann, § 136.
[2]) Endemann, aaO., S. 909.
[3]) Recht 1904, S. 603.
[4]) Rechtspr. d. OLG. II, S. 334.

Wenn die erwähnten Voraussetzungen im Augenblicke der Schlüsselübergabe erfüllt sind, so wird das erhaltene Resultat nicht dadurch beeinflusst, dass nachher der Verpfänder einen zu dem Schlosse passenden, doch ursprünglich nicht dazu bestimmten Schlüssel findet und ihn zur Oeffnung der Tür benutzt.[1])

Dem Umstande, dass der Verpfänder einen zweiten bestimmungsmässigen Schlüssel zur Eingangstür in den Händen behält, ist in einer Reichsgerichtsentscheidung für die Frage der Entstehung des Pfandrechts nach § 1205 keine ausschlaggebende Bedeutung zuerkannt: „Die Ausschliesslichkeit des Alleinbesitzes ist keineswegs in dem Sinne zu verstehen, dass die Möglichkeit des beliebigen freien Zutritts anderer zu dem im Alleinbesitz befindlichen Raume oder Gegenstand ausgeschlossen sein muss; Alleinbesitz ist ausschliesslicher Besitz in dem Sinne, dass er begrifflich den Mitbesitz anderer ausschliesst".[2]) Der in dieser Entscheidung zum Ausdruck kommende Gedanke widerspricht unseren Erörterungen, indem nämlich von uns angenommen wurde, dass der Erwerber dem bisherigen Besitzer gegenüber allerdings ausschliesslich zur Gewaltausübung fähig ist.[3])

Nach der eben erwähnten Reichsgerichtsentscheidung widerspricht es der beim Pfandrechtserwerb erforderlichen „Kundbarkeit", dem Schuldner die Weiterbenutzung der Räume zu überlassen. Es muss äusserlich erkennbar sein, dass in dem Besitzverhältnisse eine Aenderung eingetreten ist.

Für den Erwerb von Eigentum und Pfandrecht an beweglichen Sachen bedeutet also die Bestimmung des § 854 Abs. 2 die Möglichkeit einer Entstehung dieser beiden Rechte ohne körperliche Einwirkung auf den Gegenstand.

[1]) OLG., Bd. 8, S. 195; Gruchot 48, S. 955; Recht 1904, S. 224; Recht 1905, S. 107.

[2]) RG. 66, S. 264; Jur. W. 1907, S. 140.

[3]) S. 17, 23.

Lebenslauf.

Am 16. Dezember 1887 wurde ich in Gross-Strehlitz, Oberschlesien, als Sohn des Kaufmanns Albert Fraenkel und seiner Ehefrau Henriette, geb. Reichmann, geboren und bin jüdischer Religion und preussischer Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1894 bis 1897 besuchte ich die Volksschule und von da an das humanistische Gymnasium meiner Vaterstadt, bis ich Ostern 1904 in die Prima des städtischen Gymnasiums zu St. Elisabeth in Breslau überging, weil meine Eltern zu dieser Zeit ihren Wohnsitz nach Breslau verlegten. Am 26. März 1906 bestand ich in dieser Schule die Reifeprüfung.

In meinem ersten Semester studierte ich in Heidelberg und von da an in Breslau die Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 8. Juli 1909 in Breslau die erste juristische Staatsprüfung.

Meinen Vorbereitungsdienst begann ich am 18. August 1909 bei dem Königl. Amtsgericht in Guttentag, Oberschlesien. Seit dem 18. Mai 1910 bin ich bei dem Königl. Landgericht in Breslau beschäftigt.